

ANO 2019
ISSN: 1980-5535
Vol. 11

11

REVISTA do Ministério Público do Estado do Pará

MPPA

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO PARÁ

REVISTA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO PARÁ

V. 11 N. 11 2019

Belém

Publicação do Ministério Público do Estado do Pará por meio do
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e da Divisão de Biblioteca

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. Direito – Pareceres. 3. Entrevista.

CDD 340.05

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

Belém

ISSN 1980-5535

R. Minist. Públ. Est. PA	Belém	v. 11	n. 11	p. 1 - 364	2019
--------------------------	-------	-------	-------	------------	------

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

FICHA TÉCNICA

Diretor-Geral do CEAF

Rodier Barata Ataíde

Diretor de Publicações do CEAF

Tulio Chaves Novaes

Normalização bibliográfica

Fernanda Nunes Trindade

Projeto de Capa e Separadores

Marco Antônio Gonçalves Vasques

Ruth Campos

Editoração e Impressão

Impressoart Editora Gráfica LTDA-ME

Rua Guilherme Langner, 430, Curitiba-PR

CEP: 81880-220 - Fone: (41) 3347-4272

impressoart@onda.com.br

Endereço eletrônico para remessa de artigo:

ceaf_periodicos@mppa.mp.br

As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADODO PARÁ

Rua João Diogo, 100 Cidade Velha – Belém – PA

CEP 66.015-160 (91) 4006-3400 - ceaf@mppa.mp.br

Publicação digital disponível em <http://www.mppa.mp.br/>



PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Gilberto Valente Martins

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Jorge de Mendonça Rocha

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

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

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Gilberto Valente Martins
Presidente

Jorge de Mendonça Rocha
Corregedor-Geral

Procuradores de Justiça

Waldir Macieira da Costa Filho	Leila Maria Marques de Moraes
Maria da Conceição Mattos Souza	Dulcelinda Lobato Pantoja
Hamilton Nogueira Salame	

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA JURÍDICO-INSTITUCIONAL
Cândida de Jesus Ribeiro do Nascimento

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA.
Rosa Maria Rodrigues Carvalho



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

CONSELHO DELIBERATIVO

Gilberto Valente Martins
Jorge de Mendonça Rocha
Waldir Macieira da Costa Filho
Marco Aurélio Lima Nascimento
Márcio de Almeida Farias
Daniella Maria dos Santos Dias
Ivanilson Paulo Correa Raiol
Ricardo de Araújo Moura

DIRETORIA EXECUTIVA

Rodier Barata Ataíde
Diretor-Geral

Sandro Ramos Chermont
Diretor de Cursos e Eventos

Tulio Chaves Novaes
Diretor de Publicações

Ednalva Rosa dos Santos
Diretora Administrativa

Lúcia da Costa Florenzano
Diretora de Bolsas de Estudos, Auxílios Financeiros e Parcerias

CENTROS DE APOIO OPERACIONAL

COORDENADORES

Jose Maria Costa Lima Júnior
CAO Criminal

Alexandre Marcus Fonseca Tourinho
CAO Cível

Marco Aurélio Lima do Nascimento
CAO Direitos Constitucionais e Interesses Difusos

Leane Barros Fiúza de Mello
CAO Infância e Juventude

Adriana de Lourdes Mota Simões Colares
CAO da Cidadania

José Godofredo Pires dos Santos
CAO Meio Ambiente

Alexandre Batista dos Santos Couto Neto
Núcleo de Combate à Improbidade e Corrupção do MP/PA (NIC-CAO/DC-IDC)

PREFÁCIO

Com renovada satisfação foi concluída a 11ª edição da Revista do Ministério Público do Estado do Pará, em 2019, como obra de autoria coletiva, composta de artigos inéditos, com a participação de profissionais e estudiosos de elevada formação e reconhecida atuação acadêmica, também integrantes do Ministério Público de diversas unidades do País e de outras instituições de vários Estados da Federação, para servir à transferência e disseminação do conhecimento jurídico contemporâneo.

O projeto ora concretizado colacionou uma produção científica com perfil editorial jamais desvinculado da utilidade para implementação na prática jurídica, que deve ser sempre aprimorada pelo aprofundamento dos estudos e pela reflexão sobre a realidade, no presente caso, tendo por substrato os artigos que adentram em questões distintas na área do Direito, notadamente, de Direito Constitucional, Penal, Ambiental, Saúde, Infância e Juventude, Família e Sucessões, sem embargo de alcançar debates sobre o ambiente, democracia, soberania popular, separação dos poderes, corrupção e impunidade, moradia, saúde, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, violência institucional, convivência familiar e comunitária, poder familiar, política criminal, desencarceramento, análise econômica do Direito, neoprocessualismo, dentre outros. Enfim, brinda-se esta edição ladeando o Direito, em largo espectro, a outras áreas do conhecimento científico, como ciência política, história, políticas públicas, ambiente natural, urbanismo, dentre outras.

Não seria diferente o resultado quando se agrega a indispensável participação de distinguidos membros e servidores do Ministério Público do Estado do Pará à notável contribuição de estudiosos, pesquisadores, professores, mestres e doutores em instituições superiores de ensino, públicas e privadas, que, em sua maioria, também

exercem o múnus público, por exemplo, como membros do Ministério Público dos Estados do Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais e Paraná.

Renovados e redobrados agradecimentos do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Pará!

A todos, uma excelente leitura!

Belém, 14 de dezembro de 2019.

Rodier Barata Ataíde
Promotor de Justiça
Diretor-Geral do CEAF

APRESENTAÇÃO

A Revista do Ministério Público do Estado do Pará, em sua 11ª edição, em 2019, significa mais uma importante contribuição na constante busca pelo aperfeiçoamento institucional do Ministério Público do Estado do Pará, para o qual é indispensável a vinculação da atuação jurídica, em sua implementação prática, ao cenário acadêmico para enfrentamento de questões sociais e políticas de ampla repercussão, ao tempo em que, também, mantém o objetivo de possibilitar aos leitores a reflexão multidisciplinar e avançada em diversas áreas do conhecimento humano.

Os artigos selecionados são merecedores de especial atenção pela relevância dos temas e pela forma de abordagem: *O Direito ambiental no século XXI e os desastres tecnológicos*, por Guilherme de Sá Meneghin, *O “desastre do Rio Doce” era imprevisível?* por Sahid Sekeff Simão Alencar e Cássius Guimarães Chai, *Juridificação e judicialização da política - repensando a soberania popular e a separação dos poderes*, por Daniel dos Santos Rodrigues, *Democracia: um conceito controvertido*, por José Godofredo Pires dos Santos, *30 Anos do Ministério Público na Constituição Federal de 1988*, por Eduardo Cambi e Marcos Vargas Fogaça, *O Neoprocessualismo como uma vertente do moderno processo constitucional*, por José Ilton Lima Moreira Júnior, *Contributos da análise econômica do Direito para a efetivação dos Direitos Fundamentais*, por Diego Libardi Rodrigues e Jamila Job Libardi, *As Leis de Nuremberg: análise jurídica e histórica sobre o processo de construção dos Direitos Humanos*, por Túlio Chaves Novaes, *A dignidade da pessoa humana na teoria de Robert Alexy: uma análise sobre o carácter absoluto ou relativo na ordem jurídica*, por Lorena Moura Barbosa de Miranda, *A impunidade como combustível para aumentar os espaços de corrupção*, por Gustavo Senna, *A bancada ruralista e o PL do Veneno: prioridade de ano eleitoral*, por Daniella Maria dos Santos Dias, Carlos Henrique da Costa Marques, Chaira Lacerda Nepomuceno

e Jonas Pereira Bezerras Júnior, *Povos indígenas e o seu direito ao consentimento*, por Mauro Guilherme Messias dos Santos, *O Ministério Público e a defesa do direito à saúde individual na jurisprudência do STF*, por Márcio de Almeida Farias, *Efetivação do direito fundamental social à moradia através do Poder Judiciário: uma análise do caso bacia do Paracuri em Icoaraci-PA*, por Hélio Jorge Regis Almeida, *Paternidade: repercussões do DNA extrajudicial e o Poder Familiar*, por Eliézer Monteiro Lopes, *Em defesa do direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*, por Maria do Socorro Pamplona Lobato, Sandra Lúcia Serra Rodrigues Reis e Romário Edson da Silva Rebelo, *A violência institucional, a escuta especializada e o depoimento sem dano previstos na lei nº13.431/2017: uma análise*, por Aline Cunha da Silva, *A amplitude do papel do ministério público numa realidade acusatória: possibilidade de pedir a absolvição do acusado*, por Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, *Reafirmando os fundamentos da punição estatal a partir de uma concepção crítica das políticas de desencarceramento do Supremo Tribunal Federal*, por André Cavalcanti de Oliveira.

Nos tempos atuais, em que cada integrante do Ministério Público do Estado do Pará cerra fileiras para reforçar e, também, festejar sua atuação na defesa do regime democrático e dos direitos de cidadania na sociedade paraense e brasileira, os artigos que se seguem, com suas abalizadas considerações, são apresentados a todos na expectativa de que a leitura seja profícua e revigorante.

Congratulações aos autores, bem como aos profissionais e técnicos que laboraram para a Edição 2019 da Revista do Ministério Público do Estado do Pará!

Belém, 14 de dezembro de 2019.

Gilberto Valente Martins
Procurador-Geral de Justiça

Sumário



SUMÁRIO

O DIREITO AMBIENTAL NO SÉCULO XXI E OS DESASTRES TECNOLÓGICOS <i>Guilherme de Sá Menghin</i>	19
O “DESASTRE DO RIO DOCE” ERA IMPREVISÍVEL? <i>Sabid Sekeff Simão Alencar e Cássius Guimarães Chai</i>	45
JURIDIFICAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA - REPENSANDO A SOBERANIA POPULAR E A SEPARAÇÃO DOS PODERES <i>Daniel dos Santos Rodrigues</i>	65
DEMOCRACIA: UM CONCEITO CONTROVERTIDO <i>José Godofredo Pires dos Santos</i>	85
30 ANOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 <i>Eduardo Cambi e Marcos Vargas Fogaça</i>	105
O NEOPROCESSUALISMO COMO UMA VERTENTE DO MODERNO PROCESSO CONSTITUCIONAL <i>José Ilton Lima Moreira Júnior</i>	125
CONTRIBUTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Diego Libardi Rodrigues e Jamila Job Libardi</i>	137
AS LEIS DE NUREMBERG: ANÁLISE JURÍDICA E HISTÓRICA SOBRE O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS <i>Túlio Chaves Novaes</i>	167

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA TEORIA DE ROBERT ALEXEY: UMA ANÁLISE SOBRE O CARÁCTER ABSOLUTO OU RELATIVO NA ORDEM JURÍDICA <i>Lorena Moura Barbosa de Miranda</i>	185
A IMPUNIDADE COMO COMBUSTÍVEL PARA AUMENTAR OS ESPAÇOS DE CORRUPÇÃO <i>Gustavo Senna</i>	203
A BANCADA RURALISTA E O PL DO VENENO: PRIORIDADE DE ANO ELEITORAL <i>Daniella Maria dos Santos Dias, Carlos Henrique da Costa Marques, Chaira Lacerda Nepomuceno e Jonas Pereira Bezerras Júnior</i>	217
POVOS INDÍGENAS E O SEU DIREITO AO CONSENTIMENTO <i>Mauro Guilherme Messias dos Santos</i>	231
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO DIREITO À SAÚDE INDIVIDUAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF <i>Márcio de Almeida Farias</i>	245
EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA ATRAVÉS DO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DO CASO BACIA DO PARACURI EM ICOARACI-PA <i>Hélio Jorge Regis Almeida</i>	263
PATERNIDADE: REPERCUSSÕES DO DNA EXTRAJUDICIAL E O PODER FAMILIAR <i>Eliézer Monteiro Lopes</i>	277
EM DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DAS INSPEÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARÁ NOS ESPAÇOS DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE BELÉM <i>Maria do Socorro Pamplona Lobato, Sandra Lúcia Serra Rodrigues Reis e Romário Edson da Silva Rebelo</i>	289

A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL, A ESCUTA ESPECIALIZADA E O DEPOIMENTO SEM DANO PREVISTOS NA LEI Nº13.431/2017: UMA ANÁLISE <i>Aline Cunha da Silva</i>	313
A AMPLITUDE DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NUMA REALIDADE ACUSATÓRIA: POSSIBILIDADE DE PEDIR A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO <i>Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues</i>	325
REAFIRMANDO OS FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO ESTATAL A PARTIR DE UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA DAS POLÍTICAS DE DESENCARCERAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <i>André Cavalcanti de Oliveira.</i>	347

Artigos



O DIREITO AMBIENTAL NO SÉCULO XXI E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS DESASTRES TECNOLÓGICOS

GUILHERME DE SÁ MENEGHIN *

RESUMO

Dois desastres tecnológicos marcaram o Brasil nos últimos anos: o colapso da barragem de rejeitos de Fundão, da mineradora Samarco, em Mariana/MG e o vazamento de rejeitos da empresa Hydro Alunorte, em Barcarena/PA. Com efeito, um dos principais riscos ao meio ambiente são os desastres de grandes proporções originados por falhas na operação de empreendimentos industriais. O presente artigo analisa os desastres tecnológicos em sua essência, desmitifica o conceito de “acidente”, esclarece a responsabilidade dos agentes causadores dos danos e propõe alterações na legislação nacional para efetiva proteção e reparação do meio ambiente e das populações que possam ser afetadas por esses eventos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ambiental. Desastres tecnológicos. Conceito e características. Consequências jurídicas. Responsabilidade penal, civil, administrativa e ambiental.

1 INTRODUÇÃO

Os desastres tecnológicos, erroneamente denominados “desastres ambientais”, “acidentes ambientais” ou “catástrofes ambientais”, constituem uma das principais preocupações mundiais no século XXI. O desenvolvimento econômico das últimas décadas criou riscos até então desconhecidos para a humanidade, em virtude dos ingentes empreendimentos industriais onipresentes em vários setores produtivos.

Ulrich Beck foi o pioneiro autor a fornecer um estudo sobre o assunto, situando-o no contexto da *sociedade de risco* pós-moderna. Segundo o sociólogo alemão:

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG – 2014/2016). Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM – 2010). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP – 2007), com premiação de Destaque Acadêmico. Já foi Oficial Judicial (TJMG – 2006/2007), Advogado (OAB/MG – 2007) e Delegado de Polícia Civil (PCMG – 2008/2011). Foi professor de Direito Penal e Processo Penal no Centro de Ensino Superior de Itabira (CENSI – 2009), na Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (FADILESTE – 2012/2013) e na Universidade Presidente Antônio Carlos Unidade Mariana (FUPAC/UNIPAC – 2016). É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais desde 2011, exercendo as funções como titular da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mariana/MG. Integrante da Força Tarefa constituída pelo Ministério Público de Minas Gerais para apurar as consequências do rompimento da barragem de Fundão, da Samarco Mineração S/A, atuando desde novembro de 2015 na defesa coletiva dos direitos das vítimas do desastre em Mariana. gds23@hotmail.com.

O ritmo e a radicalidade dos processos de modernização nas sociedades de risco trazem à colação as consequências dos sucessos da modernização. Surge uma nova categoria de risco, uma vez que as condições de seu cálculo e o processamento institucional falham parcialmente. Estas circunstâncias levam ao desenvolvimento de um novo clima moral na política no qual as apreciações culturais, portanto, diferentes de país para país, desempenham um papel central e os prós e os contras das consequências possíveis ou reais das decisões técnicas ou econômicas são debatidos publicamente, a mesmo tempo que as funções da ciência e da tecnologia também mudam.¹

Decerto, usinas nucleares, barragens de rejeitos de minério, tanques químicos e meios de transporte colossais são exemplos de estruturas que podem causar danos coletivos massivos quando ocorrem desacertos na operação. Daí a atenção constante de governos, empresas, organismos internacionais, organizações não governamentais e dos cidadãos em geral.

Um dos marcos na emersão desse tema foi o desastre da Usina Nuclear de Chernobyl, ocorrido em 1986, na Ucrânia, cujas características mostram uma mimetização em casos similares. Dois aspectos sobressaíram: primeiro, a capacidade de um desastre tecnológico afetar milhões de pessoas em localidades distantes, ultrapassando as fronteiras nacionais; segundo, a deliberada desinformação e ineficiência na atuação dos governos e dos empreendedores antes, durante e depois do desastre.

Na obra “As 100 maiores catástrofes da história” o autor Stephen J. Spignesi assevera:

O acidente na usina nuclear de Chernobyl aconteceu porque alguns funcionários realizaram uma experiência não autorizada a baixa potência, que envolvia a desativação do sistema de resfriamento. Quando todos perceberam que o núcleo do reator estava superaquecendo, já era tarde para reverter o processo (inadvertidamente, já haviam permitido que o calor entortasse as canaletas onde as hastes de combustível deveriam se encaixar); o que aconteceu a seguir todos sabem, o teto se foi, dois homens morreram e uma nuvem de gás radioativo mortal espalhou-se pela área ao redor da usina.

A radioatividade de Chernobyl, posteriormente, pôde ser detectada até nos Estados Unidos.

¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco mundial*: em busca da segurança perdida. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015, Kindle Edition, Location 233-240 de 1319.

As autoridades soviéticas nada mencionaram a respeito da explosão até dois dias depois do acidente, no dia 28 de abril, quando cientistas suecos relataram ter registrado um aumento na radioatividade na atmosfera em seu país. Posteriormente, um rastreamento mais detalhado indicou como fonte da radiação a usina de Chernobyl. Mesmo após virem a público relatar o que havia ocorrido, as autoridades soviéticas pareciam não saber quais procedimentos adotar numa catástrofe de tamanha proporção.

[...]

A atualização efetuada em 2001 do relatório da Agência de Energia Nuclear resume o impacto do acidente de Chernobyl da seguinte forma:

A história do mundo moderno e industrializado tem sido afetado, em diversas ocasiões, por catástrofes semelhantes ou até mesmo maiores do que a que ocorreu em Chernobyl. No entanto, esse acidente teve um impacto significativo na sociedade humana. Não apenas por ser responsável por prejuízos econômicos, industriais e físicos imediatos e danos nos aspectos de saúde, mas principalmente pelas consequências em longo prazo, como ruptura socioeconômica, estresse psicológico e danos à imagem da energia nuclear que permanecerão por muito tempo.

Quinze anos após o acidente de Chernobyl, a comunidade internacional ainda está tirando lições do incidente e fazendo o possível para aplicá-las nos casos de acidentes de menores proporções. Espera-se que o que se aprendeu até agora não tenha um dia de ser colocado em prática em um acidente devastador como o de Chernobyl.²

Dessa descrição é fácil perceber que o “acidente de Chernobyl” não foi acidente. Na verdade, houve uma falha grotesca na operação do reator nuclear e o governo soviético intencionalmente omitiu os fatos para sua própria população e para o mundo, expondo todos a um risco inaceitável³. A radioatividade afetou a Europa e atravessou o Oceano Atlântico, mostrando que certos desastres podem atingir um número indeterminado de vítimas, com potencial devastador para a saúde das pessoas e para o meio ambiente.

De toda sorte, a expressão “acidente” não deve ser empregada para os desastres tecnológicos, pois denota inevitabilidade nos fatos, o que leva os causadores do dano, num esforço midiático e publicitário, a desviar a opinião pública para fazer todos acreditarem que não são responsáveis pelos fatos.

² SPIGNESI, Stephen J. *As 100 maiores catástrofes da história*. Tradução de Flávio Marcos e Sá Gomes Rio de Janeiro: Difel, 2005. (Coleção 100), p. 179/180.

³ Para maiores detalhes sobre o desastre de Chernobyl, suas causas e consequências, ver os relatórios produzidos pela International Atomic Energy Agency (IAEA). Disponível em: <https://www.iaea.org/publications/magazines/bulletin/38-3>. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

Seguramente, os desastres tecnológicos são plenamente evitáveis e os causadores respondem pelas consequências, visto que decorrem de operações equivocadas e temerárias nos empreendimentos, havendo, em termos jurídico-penais, dolo (direto, indireto-alternativo ou indireto-eventual) ou culpa. Por isso, o operador do direito precisa denominar tecnicamente o fato como “crime”, “desastre tecnológico”, “dano ambiental” ou “ilícito civil”, mas jamais “acidente”.

No Brasil, vários desastres marcaram a nação nos últimos 30 anos⁴. Para fazer um recorte mais recente basta citar dois impressionantes desastres tecnológicos de repercussão internacional.

Em 05 de novembro 2015, a barragem de rejeitos de minério de ferro de Fundão, da mineradora Samarco, localizada em Mariana/MG, colapsou, liberando mais de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos no meio ambiente, causando a morte de 19 pessoas, destruindo as comunidades de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, poluindo toda a Bacia do Rio Doce e atingindo a foz desse rio em Regência, afetando direta ou indiretamente a vida de 3 milhões de pessoas nos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo⁵.

No ano de 2018, vazamentos de rejeitos da empresa Hydro Alunorte, em Barcarena/PA, poluíram o Rio Pará e prejudicaram milhares de pessoas, resultando, ainda, na paralização parcial das atividades da empresa⁶.

A constante ocorrência desses eventos contrasta com as disposições constitucionais. O legislador constituinte claramente erigiu o meio ambiente como bem de proteção fundamental e essencial para a sadia qualidade de vida da população, o que é severamente prejudicado com os desastres tecnológicos. José Afonso da Silva ressalta que:

A Constituição, com isso, segue e até ultrapassa, as Constituições mais recentes (Bulgária, art. 31, ex-URSS, art. 18, Portugal, art. 66, Espanha, art. 45) na proteção do meio ambiente. Toma consciência de que “a qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja *preservação, recuperação e revitalização* se tornaram num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida”. As normas constitucionais assumiram

⁴ Para um conhecimento detalhado desses desastres, ind0ca-se a Revista Ecológico, que está produzindo uma série sobre os maiores crimes ambientais do Brasil, a partir do programa *O Ambientalista*, que será exibida pelo Canal Cine Brasil TV. Disponível em: www.revistaecologico.com.br. Acesso em: 17 jan. 2019.

⁵ REUTERS. *Victims of Brazil's biggest environmental disaster still fighting for compensation*. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-brazil-disaster-compensation/victims-of-brazils-biggest-environmental-disaster-still-fighting-for-compensation-idUSKBN1D7203>. Acesso em: 17 jan. 2019.

⁶ G1 GLOBO JORNAL NACIONAL. *Terceiro vazamento da mineradora Hydro Alunorte é registrado no Pará*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/terceiro-vazamento-da-mineradora-hydro-alunorte-e-registrado-no-para.html>. Acesso: 17 jan. 2019.

a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é o instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*.⁷

Nesse cenário, o presente artigo apresenta um panorama geral sobre as consequências jurídicas dos desastres tecnológicos, nomeadamente os instrumentos legais para reparação dos danos e as esferas de responsabilização dos causadores do desastre, tendo como eixo o direito ambiental e sua correlação com outros ramos da ciência jurídica.

O tema é importante sobretudo para membros do Ministério Público, já que a instituição detém a atribuições de defesa do meio ambiente e dos direitos humanos, os dois interesses jurídicos mais afetados por tais eventos.

2 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS DESASTRES

A Instrução Normativa n.º 1, de 2012⁸, do Ministério da Integração Nacional, definia “desastre” no artigo 1º, inciso I:

Desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um cenário vulnerável, causando grave perturbação ao funcionamento de uma comunidade ou sociedade envolvendo extensivas perdas e danos humanos, materiais, econômicos ou ambientais, que excede a sua capacidade de lidar com o problema usando meios próprios.

Em seguida, a norma classificava esses acontecimentos em *desastres naturais* e *desastres tecnológicos*, conforme artigo 7º, §§1º-3º:

⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 846/847. (grifo no original).

⁸ BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Instrução Normativa 1, de 24 de agosto de 2012. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ce9q_0voSGoJ:www.mi.gov.br/c/document_library/get_file%3Fuuiid%3D822a4d42-970b-4e80-93f8-dace395a52d1%26groupId%3D301094+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 02 jun. 2016.

Art. 7º A Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil adotará a classificação dos desastres constante do Banco de Dados Internacional de Desastres (EM-DAT), do Centro para Pesquisa sobre Epidemiologia de Desastres (CRED) da Organização Mundial de Saúde (OMS/ONU) e a simbologia correspondente.

§ 1º Quanto à origem ou causa primária do agente causador, os desastres são classificados em:

I – Naturais; e

II – Tecnológicos.

§ 2º São desastres naturais aqueles causados por processos ou fenômenos naturais que podem implicar em perdas humanas ou outros impactos à saúde, danos ao meio ambiente, à propriedade, interrupção dos serviços e distúrbios sociais e econômicos.

§ 3º São desastres tecnológicos aqueles originados de condições tecnológicas ou industriais, incluindo acidentes, procedimentos perigosos, falhas na infraestrutura ou atividades humanas específicas, que podem implicar em perdas humanas ou outros impactos à saúde, danos ao meio ambiente, à propriedade, interrupção dos serviços e distúrbios sociais e econômicos.

Todavia, a referida norma foi revogada pela Instrução Normativa n.º 2, de 2016, que não definiu, nem classificou os desastres. Restou apenas o Decreto n.º 7.257/2010, regulamentando a Lei n.º 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC).

Segundo dispõe o artigo 2º, inciso II, do mencionado decreto, desastre consiste no “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.

Certamente, o conceito preconizado no decreto é inferior ao que estava previsto na Instrução Normativa n.º 1/2012, mas a essência do que é um desastre e a classificação anterior permanecem.

Portanto, o objeto deste estudo são os “desastres tecnológicos”, eventos decorrentes da ação ou da omissão humana que provocam danos coletivos ao ser humano e ao ecossistema, causando graves prejuízos econômicos, sociais e ambientais. Os “desastres naturais”, por constituírem uma categoria distinta e com consequências jurídicas diferentes, não serão examinados.

Embora não seja possível delinear quando o evento danoso se torna verdadeiramente um desastre, é possível perceber que a configuração do desastre depende de um dano coletivo, ou seja, capaz de afetar número indeterminado de pessoas e degradar consideravelmente o meio ambiente. Em outras palavras, deve afetar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos em larga escala.

Assim, uma colisão entre dois veículos não é um desastre, embora gere responsabilidade civil para o culpado. Noutra linha, uma colisão entre duas aeronaves, matando centenas de pessoas e provocando destruição no solo, é certamente um desastre tecnológico, configurando responsabilidades distintas de um ato ilícito comum.

Eis o ponto crucial dos desastres tecnológicos: os danos massivos que geram não podem seguir o regime jurídico comum da responsabilidade civil prevista no Código Civil, pois existem muitos aspectos que extrapolam as normas privatistas. Nos próximos itens, essas nuances serão explicitadas em termos de responsabilidade penal, administrativa, civil ambiental e civil perante terceiros.

3 RESPONSABILIDADE PENAL

O termo “desastre tecnológico” é tecnicamente importante para classificações, pesquisas e ações decorrentes do PNPDEC. Do ponto de vista penal, porém, não faz sentido falar-se exclusivamente nessa expressão.

Os desastres tecnológicos podem adequar-se tipicamente a diversas figuras previstas no Código Penal e na legislação extravagante, a depender de seus efeitos. Penalmente falando, os desastres tecnológicos constituem “crimes”. A averiguação típica deverá ser analisada com base nas circunstâncias apuradas em inquéritos policiais e procedimentos investigatórios criminais.

Um desastre que provoque poluição atmosférica pode configurar o crime do artigo 54, §2º, II, da Lei n. 9.605/1998, a exemplo da explosão de tanques de combustível da empresa Ultracargo, no porto de Santos/SP, desencadeando um incêndio que durou de 02/04/2015 a 09/04/2015⁹.

Já um desastre que implique em poluição hídrica poderá caracterizar o delito previsto no artigo 54, §2º, III da Lei n. 9.605/1998, como ocorreu com o vazamento de rejeitos da Hydro Alunorte, em Barcarena/PA.

Todavia, os desastres podem caracterizar crimes ainda mais graves e não somente os previstos na Lei dos Crimes Ambientais. Quando esses eventos causam mortes, ofensas à integridade física e promovem risco exacerbado à população, é plenamente cabível a imputação de homicídio, lesões graves e delitos contra a saúde e a incolumidade públicas.

Nesse diapasão, o caso mais emblemático no Brasil é o do rompimento da barragem de Fundão, da mineradora Samarco, no dia 05 de novembro de 2015. O desastre resultou na morte de 19 pessoas, lesões graves, aniquilamento de comunidades inteiras, destruição da fauna e flora silvestre e doméstica ao longo da Bacia do Rio Doce,

⁹ G1 GLOBO. *MPF denuncia Ultracargo por poluição causada por incêndio que durou 8 dias*. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/mpf-denuncia-ultracargo-por-poluicao-causada-por-incendio-que-durou-8-dias.ghtml> >. Acesso em: 17 jan. 2019.

praticamente exterminando a ictiofauna e prejudicando o abastecimento de água para as populações de várias cidades¹⁰.

De acordo com as apurações, várias pessoas responsáveis pela barragem não adotaram as cautelas necessárias para evitar o desastre e assumiram os riscos de colapso da estrutura, mantendo a operação defeituosa da barragem concomitantemente com seu alteamento, provocando consequências desastrosas, potencialmente conhecidas em um relatório produzido a pedido da própria empresa antes dos fatos.

Logo, em outubro de 2016, o Ministério Público Federal denunciou diretores, engenheiros e outros empregados das empresas envolvidas por 19 (dezenove) homicídios com dolo eventual e delitos conexos. Além disso, o órgão ministerial federal denunciou as empresas envolvidas por delitos ambientais. Para se ter uma ideia da extensão dos delitos praticados, vale descrever todos os tipos penais imputados ao então presidente da Samarco:

RICARDO VESCOVI DE ARAGÃO: art. 13, § 2º, alínea “a”, art. 18, I, e art. 70, do Código Penal c/c art. 2º da Lei n.º 9.605/98, nas figuras típicas dos artigos 121, §2º, I, III e IV (dezenove vezes), art. 129 (uma vez na forma do caput ; c/c §1º, incisos I e III, por três vezes, sendo duas c/c §7º), art. 254 e art. 256, todos do Código Penal, e nos artigos 29, caput, §1º, incisos I e II, § 4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, caput, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas “c”, “d” e “e”, art. 54, § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei n.º 9.605/98, e em concurso material (art. 69, CP) com os crimes previstos nos arts. 68, 69 e 69-A, da lei 9.605/95, esses últimos na forma do art. 70, CP, entre si.¹¹

Registre-se que o artigo 225, §3º, da Constituição da República autorizou a responsabilidade penal de pessoas jurídicas por crimes ambientais, consolidada na Lei n.º 9.605/1998. As penalidades aplicáveis à pessoa jurídica foram relacionadas nos artigos 21 a 24 da Lei dos Crimes Ambientais, podendo ser classificadas em quatro categorias: a) Multa: cujos parâmetros são os mesmos da Parte Geral do Código Penal; b) Penas restritivas de direitos: que são especificadas no art. 22; c) Prestação de serviços à comunidade: explicitadas no art. 23; d) Liquidação forçada: quando a pessoa jurídica for usada, preponderantemente, para prática de ilícitos ambientais (art. 24).

¹⁰ Para um relato detalhado dos danos provocados pelo desastre da barragem de Fundão, da mineradora Samarco ver: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Comissão Extraordinária das Barragens - Relatório Final – Versão 30/06/2016*. Disponível em: https://www.almgov.br/export/sites/default/atividade_parlamentar/comissoes/extraordinaria/docs/relatorio-final-comissao-barragens-versao-discussao.pdf. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

¹¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Sala de imprensa docs. denúncia Samarco*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>. Acesso em: 17 jan. 2019. Conferir p. 270.

Segundo a doutrina, os requisitos para a imputação à pessoa jurídica de uma infração penal no Brasil são basicamente três: existência infração penal ambiental, prática no interesse da pessoa jurídica e configuração da dupla imputação.¹²

A necessidade de dupla imputação foi uma regra criada pelo Superior Tribunal de Justiça, aduzindo que a sanção penal somente pode ser aplicada à pessoa jurídica se for, igualmente, punida uma pessoa física. Essa interpretação jurisprudencial, majoritária no Tribunal da Cidadania, não possui respaldo na Lei n.º 9.605/1998, mas ampara-se na ideia de obstar a impunidade em das pessoas físicas que comandam as empresas. Portanto, já na denúncia, o Ministério Público deve imputar o fato típico tanto a uma pessoa física como à pessoa jurídica, sob pena de rejeição da peça acusatória:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI N.º 9.605/98. DENÚNCIA OFERECIDA SOMENTE CONTRA PESSOA JURÍDICA. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. PEDIDOS ALTERNATIVOS PREJUDICADOS. 1. Para a validade da tramitação de feito criminal em que se apura o cometimento de delito ambiental, na peça exordial devem ser denunciados tanto a pessoa jurídica como a pessoa física (sistema ou teoria da dupla imputação). Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física - quem pratica a conduta com elemento subjetivo próprio. 2. Oferecida denúncia somente contra a pessoa jurídica, falta pressuposto para que o processo-crime se desenvolva corretamente. 3. Recurso ordinário provido, para declarar a inépcia da denúncia e trancar, consequentemente, o processo-crime instaurado contra a Empresa Recorrente, sem prejuízo de que seja oferecida outra exordial, válida. Pedidos alternativos prejudicados.¹³

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal admitiu uma ação penal ajuizada somente em face da pessoa jurídica envolvida no dano ambiental. Os ministros consignaram que o sistema brasileiro é inspirado no francês, que permite, excepcionalmente, a responsabilidade exclusiva da pessoa jurídica. Confira a ementa do acórdão:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO

¹² GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 124.

¹³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. RMS 37.293/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 17 jan. 2019.

CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.¹⁴

De qualquer maneira, os desastres tecnológicos certamente configuram ilícitos penais, originando a justa causa para a *persecutio criminis in judicio* das pessoas naturais e das pessoas jurídicas envolvidas.

¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+548181%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+548181%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bnfsph8>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

4 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A responsabilidade administrativa consiste na aplicação de sanções de caráter extrajudicial em decorrência do poder de polícia da Administração Pública. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, um dos meios de que se serve o poder de polícia são:

2. **atos administrativos e operações materiais** de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo **medidas preventivas** (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e **medidas repressivas** (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de **coagir** o infrator a cumprir a lei.¹⁵

As principais medidas administrativas estão previstas no artigo 14 da Lei n.º 6.938/1981:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

A distinção entre ilicitude penal e administrativa sempre foi tema controverso na doutrina, mas cabe ao legislador, através da lei¹⁶, definir os ilícitos penais e os ilícitos

¹⁵ DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 113. (grifo no original).

¹⁶ Registre-se que a Tese n.º 2 da publicação “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça: “2) É vedado ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA impor sanções administrativas sem expressa previsão legal.” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em teses*. Edição n.º 30. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 17 janeiro 2019)

administrativos, de acordo com a gravidade do fato. Nelson Hungria destaca que não existem distinções ontológicas entre os dois institutos:

55. *Ilícito penal e ilícito administrativo.* Tem sido igualmente em vão a tentativa de uma distinção ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. A separação entre um e outro também atende apenas a critérios de conveniência ou oportunidade, afeiçãoados à variável medida do interesse da sociedade e do Estado. Conforme acentua BELING, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é a *quantidade* ou o *grau*: está na maior ou menor intensidade lesiva de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal. [...] ¹⁷

As punições administrativas são autônomas em cotejo com às sanções penais, civis e ambientais (artigo 225, §3º, da Constituição da República). Assim, um mesmo fato pode caracterizar crime, infração administrativa e responsabilidade civil ambiental e perante terceiros, sem que configure *bis in idem*. Em tal hipótese, aplicam-se as mesmas regras de independência entre as instâncias penais e administrativas aplicáveis para servidores públicos que cometem infrações disciplinares que simultaneamente caracterizam crime¹⁸.

Malgrado a proliferação de infrações administrativas, na prática nota-se que sempre tiveram reduzida capacidade de prevenção e repressão, em virtude da fiscalização deficiente¹⁹, exacerbada leniência das autoridades administrativas e não raramente da corrupção de agentes públicos.

Outro aspecto negativo é que os recursos arrecadados com as multas se destinavam exclusivamente ao “caixa geral” do Poder Executivo do ente responsável pela autuação. Tal realidade foi parcialmente alterada com o advento da Lei n.º 13.371/2018, que prevê no artigo 2º que um décimo do valor das multas por crime, infração penal ou infração administrativa decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, arrecadadas pelos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, será destinado à arborização urbana e à recuperação de áreas degradadas.

Entretanto, despachar somente um décimo do valor arrecadado para recuperação de áreas degradadas ficou muito aquém do desejado, olvidou inadvertidamente as vítimas do desastre e fatalmente será descumprido.

Por isso, os governos devem aperfeiçoar os órgãos de fiscalização ambiental

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3ª edição. Volume I. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 33.

¹⁸ DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 536.

¹⁹ A deficiência na fiscalização foi evidenciada após o desastre da barragem da mineradora Samarco, pois o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) possui somente 4 funcionários para fiscalizar 372 barragens existentes em solo mineiro. Conferir: FOLHA DE SÃO PAULO. *Minas Gerais só tem 4 funcionários para fiscalização de barragens*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1705773-minas-gerais-tem-so-4-funcionarios-para-fiscalizacao-de-barragens.shtml>. Acesso em: 17 jan. 2019.

e o Ministério Público deve direcionar parte de sua atuação para “fiscalizar os órgãos administrativos de fiscalização”, sob pena de tornar letra morta a supracitada legislação, nomeadamente em relação aos causadores de desastres tecnológicos.²⁰

5 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Para o autor Paulo Affonso Leme Machado, a responsabilidade civil é concretizada em “cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer e no pagamento de condenação em dinheiro. Em geral, manifesta-se na aplicação desse dinheiro em atividade ou obra de prevenção ou de reparação do prejuízo”²¹.

No campo ambiental, a responsabilidade ambiental está prevista no artigo 14, § 1º, da Lei n.º 6.938/1981, com características semelhantes, mas regras exclusivas para essa modalidade de responsabilização.

Segundo o dispositivo, o poluidor, incluindo o causador do desastre tecnológico, deve reparar o dano causado, cessar atividades lesivas e pagar indenização, que deve ser destinada ao fundo de reparação do meio ambiente, conforme estabelece o artigo 13 da Lei n.º 7.347/1985.

A peculiaridade da responsabilidade ambiental é a preponderância da obrigação de reparar²² o meio ambiente, de acordo com a melhor exegese da Constituição da República:

A CF/88, com grande acuidade, agasalha os princípios da restauração, recuperação e reparação do meio ambiente no art. 225. Em seu §1º, I, aponta a obrigação de “restaurar os processos ecológicos essenciais”. “Esta disposição traduz a ideia de reencontrar a dinâmica que antes existia”.

No §3º do art. 225 consta a obrigação de reparar o dano causado ao meio ambiente. Acentua este parágrafo que a obrigação de reparar é independente da aplicação de sanções penais e administrativas.²³

Como se trata de dano ambiental, a responsabilidade pelos desastres tecnológicos é objetiva, informada pela teoria do risco integral, reduzindo-se as hipóteses de excludente de responsabilidade civil. Leciona o civilista Flávio Tartuce:

²⁰ Vale registrar que após provocar o maior desastre tecnológico do Brasil, a mineradora Samarco pagou apenas uma das multas aplicadas pelos órgãos ambientais, parcelando o débito em 59 vezes. EL PAÍS. *Samarco pagou só 1% do valor de multas ambientais por tragédia em Mariana*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html. Acesso em: 17 jan. 2019.

²¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 363.

²² Ressalte-se que alguns autores fazem distinções entre reparação, recuperação e restauração do meio ambiente, mas adentrar nessa controvérsia é desnecessária para os fins do presente artigo.

²³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 181.

Teoria do risco-integral: nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou de responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais, segundo os autores ambientalistas (art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981). Anote-se que o entendimento pelo risco integral para os danos ambientais é chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça (ver, por todos: REsp 1.114.398/PR [...]).²⁴

A responsabilidade por danos ambientais admite a cumulação de sanções: obrigações de fazer (recuperar, restaurar e reparar o meio ambiente lesado ou compensar o dano, *v. g.*, reparando-se outra área degradada), não fazer (cessar as atividades lesivas) e pagar indenização (destinada ao fundo de proteção de direitos difusos). Sublinhe-se que a reparação *in natura* e *in situ* deve ser priorizada, admitindo-se a compensação somente quando inviável aquela:

O dano ambiental é de difícil reparação e, conforme ensina Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, para que se possa superar a frustração da reposição natural, já que nem sempre o dano ambiental é restaurável, deve-se trabalhar com as demais modalidades de reparação (BENJAMIN, 1993, p. 235).

A compensação de que se trata aqui é justamente uma dessas formas de reparar o dano ambiental, através da qual se reconstitui ou melhora um outro bem ou sistema ambiental equivalente ao afetado. Deve ser permitida apenas nas hipóteses em que a reparação *in natura* e *in situ* (restauração e recuperação) for verdadeiramente impossível (total ou parcialmente) ou como medida que precede a indenização (na reparação dos danos extrapatrimoniais, reparação dos danos interinos, *p. ex.*).²⁵

Além disso, todos que contribuíram para o desastre respondem solidariamente, devem suportar a inversão do ônus da prova e pode-se configurar a corresponsabilidade do Estado nos desastres tecnológicos, especialmente se comprovada falha teratológica na fiscalização, determinante para a concretização do dano ou para seu agravamento. Essas normas especiais de responsabilização foram intensamente debatidas pela doutrina e pela jurisprudência desde a promulgação da Constituição da República de 1988.

Para dirimir as divergências, o Superior Tribunal Justiça consolidou o entendimento mais favorável ao meio ambiente, a partir de uma interpretação axiológica e constitucional

²⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. volume único. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 578.

²⁵ FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. *Valoração do dano ambiental*: algumas premissas. In: MPMG Jurídico Especial. Edição Especial. Belo Horizonte, 2011, p. 10/17. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/>. Acesso em: 17 jan. 2019.

dos preceitos legais, publicando as teses ambientais na edição n.º 30 do instrumento “Jurisprudência em Teses”²⁶. Vale transcrever os principais verbetes:

- 1) Admite-se a condenação simultânea e cumulativa das obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar na reparação integral do meio ambiente.
- 4) O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.
- 7) Os responsáveis pela degradação ambiental são coobrigados solidários, formando-se, em regra, nas ações civis públicas ou coletivas litisconsórcio facultativo.
- 8) Em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado.
- 9) A obrigação de recuperar a degradação ambiental é do titular da propriedade do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*.
- 10) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973)

Sublinhe-se que a licença concedida pelo órgão ambiental não configura uma *carte blanche* para o empreendedor, pois não impede a caracterização do dano e a consequente responsabilização civil. Assevera o autor Paulo Affonso Leme Machado:

A licença ambiental não libera o empreendedor licenciado de seu dever de reparar o dano ambiental. Essa licença, se integralmente regular, retira o caráter de ilicitude administrativa do ato, mas não afasta a responsabilidade civil de reparar. A ausência de ilicitude administrativa irá impedir a própria Administração Pública de sancionar o prejuízo ambiental; mas nem por isso haverá irresponsabilidade civil.²⁷

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Edição n.º 30. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 07 nov. 2018.

²⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 385.

Portanto, os desastres tecnológicos geram responsabilidade civil ambiental dos empreendedores e, potencialmente, do Estado, com um regime jurídico específico de obrigações, que podem ser cobradas mediante ação civil pública ou termo de compromisso de ajustamento de conduta, na forma da Lei n.º 7.347/1985.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE TERCEIROS

O efeito mais nefasto dos desastres tecnológicos é o sofrimento que causa às pessoas. Frequentemente os desastres provocam mortes, lesões graves, destruição de bens, massacre de semoventes, enfermidades, desagregação familiar, estrago cultural, depressão, danos morais, perda de rendimentos e extinção de postos de trabalho.

No campo civil, o desastre tecnológico configura ato ilícito, que origina lesões aos direitos das pessoas e gera obrigação de reparar os danos, nos termos do artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Como a origem do fato é um empreendimento empresarial, a responsabilidade pelos danos é objetiva, informada pela teoria do risco integral, da mesma forma que na responsabilidade por danos ambientais, explicitada no item anterior, visto que ambas têm por fundamento o artigo 14, §1º, da Lei n.º 6.938/1981.

Em geral, configuram-se danos individuais homogêneos, “assim entendidos os decorrentes de origem comum”, conforme preconizado no artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor. Essa circunstância autoriza os legitimados à propositura da Ação Civil Pública, especialmente o Ministério Público, a pleitear a reparação de todos os danos sofridos pelas vítimas mediante a referida ação coletiva ou termo de compromisso de ajustamento de conduta, a teor da Lei n. 7.347/1985.

Contudo, a reparação dos danos causados pelos desastres tecnológicos não deve observar exclusivamente o regime jurídico do Código Civil. A gravidade e a complexidade dos danos exigem a adoção de medidas severas contra os causadores do dano e de proteção qualificada das vítimas.

Os desastres tecnológicos podem gerar vulnerabilidades sociais, cujas soluções existentes no nosso direito não são capazes de absorver. É o caso da perda de moradia, da morte de um trabalhador ou da supressão da fonte de renda das famílias atingidas. Nesse caso, a espera pela reparação final – a indenização – é excessivamente danosa às vítimas, que não podem ficar desamparadas até a solução definitiva.

Noutra linha, evidencia-se uma disparidade entre as empresas e as vítimas, uma desigualdade técnica e jurídica desfavorável aos atingidos, que deve ser mitigada. A equidade deve pautar as soluções jurídicas, sob pena de, através das normas estabelecidas, criar injustiças inaceitáveis. Vale registrar a clássica lição de Aristóteles:

[...] Isto é, a equidade, embora sendo superior a uma certa forma de justiça, é, assim, justa; não é, portanto, melhor do que a justiça, como que pertencendo a um outro gênero de fenômenos. A justiça e a equidade são, pois, o mesmo. E, embora ambas sejam qualidades sérias, a equidade é a mais poderosa. O que põe aqui problemas é o fato de a equidade ser justa, não de acordo com a lei, mas na medida em que tem uma função retificadora da justiça legal.

[...]

O fundamento para tal função retificadora resulta de, embora toda a lei seja universal, haver, contudo, casos a respeito dos quais não é possível enunciar de modo correto um princípio universal. Ora nos casos em que é necessário enunciar um princípio universal, mas aos quais é possível aplicá-lo na sua totalidade de modo correto, a lei tem em consideração apenas o que se passa o mais das vezes, não ignorando, por isso, a margem para o erro mas não deixando, contudo, por outro lado, de atuar menos corretamente. O erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa: isso é simplesmente a matéria do que está exposto às ações humanas. [...]. A natureza da equidade é, então, ser retificadora do defeito da lei, defeito que resulta da sua característica universal. [...].²⁸

Com esse norte o Ministério Público de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública em face das empresas Samarco, Vale e BHP, causadoras do desastre da barragem de Fundão, que desabrigou cerca de 1.000 pessoas em Mariana. Para defesa da dignidade dessas famílias, o órgão ministerial postulou medidas imediatas, pioneiras e não previstas na legislação nacional, mas que se mostraram imprescindíveis para resguardar a dignidade das vítimas:

Sendo assim, no dia 10 de dezembro de 2015, o MP propôs a sua principal Ação Civil Pública, distribuída por dependência à Ação Cautelar de Indisponibilidade de Bens, na 2ª Vara da Comarca de Mariana, sob o número 0400.15.004335-6.

Na ação, o MP materializou juridicamente todas as pretensões dos atingidos acima relacionadas, visando a reparação integral de todos os direitos humanos violados pelas rés, as empresas Samarco, Vale e BHP. Coincidentemente, 10 de dezembro é o Dia Internacional dos Direitos Humanos, em comemoração à data em que foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

[...]

²⁸ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 124/125.

A ação garantiu vários direitos aos atingidos, como moradia em casas alugadas pelas empresas até 3 meses após o reassentamento, auxílio financeiro mensal às pessoas que perderam renda, compra de terrenos para reassentamento, indenização pela perda de veículos e antecipações parciais de indenização nos valores de R\$ 10.000,00 (p/ famílias que perderam moradia não habitual); R\$ 20.000,00 (p/ famílias que perderam a moradia habitual); R\$ 100.000,00 (p/ famílias que tiveram parentes falecidos no desastre). Foram realizadas 7 audiências nesse processo, sendo que na audiência do dia 28/11/2016 as empresas assumiram a obrigação de reassentar as comunidades mediante processo participativo e na audiência do dia 07/04/2017 as empresas assumiram a obrigação de alterar o cadastro de atingidos, pois foi realizado unilateralmente pelas empresas, podendo causar prejuízos aos atingidos. [...] ²⁹

Outra medida importante é a disponibilização de assessorias técnicas para as vítimas, ou seja, profissionais qualificados e independentes, para auxiliarem as vítimas no processo de reparação integral. Essa expediência foi conquistada no bojo da mencionada Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais em face das empresas Samarco, Vale e BHP:

Porém, essa participação foi insuficiente para assegurar a paridade entre as empresas e os atingidos. Conforme já descrito, a assessoria técnica tornou-se cada vez mais imprescindível para garantir uma participação qualificada, informada e eficiente dos atingidos. Por isso, em meados de 2016, o MP exigiu imediatamente o acolhimento de um dos pedidos formulados na Ação Civil Pública: a implementação da assessoria técnica.

Depois de intensas negociações, a assessoria técnica foi admitida pelas empresas, especialmente após a pressão dos atingidos e o retorno da Ação Civil Pública que havia sido remetida para a Justiça Federal.

[...]

Em audiência realizada no dia 16/09/2016 o MP e as empresas celebraram a transação a respeito da assessoria técnica, que foi homologada pela juíza, conforme a notícia divulgada no site do Ministério Público de Minas Gerais:

[...]

²⁹ MENEZHIN, Guilherme de Sá; SILVA, Nívia Mônica da. A atuação do Ministério Público para garantir a participação dos atingidos no processo de reparação dos direitos violados pelo rompimento da barragem de Fundão operada pela Samarco em Mariana. In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce: desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro Folio Digital: Letra e Imagem, 2018. cap. 7, p. 171/204.

Assim, assessores técnicos desvinculados das empresas, com atuação autônoma e supervisionada pelo Ministério Público, têm sido eficientes na missão de diminuir a assimetria técnica entre os atingidos e as empresas, assegurando elementos essenciais para a reconstrução dos direitos dos atingidos: mobilização social, acesso à informação, efetivação de direitos emergenciais, reelaboração do projeto urbanístico de Bento Rodrigues, cadastramento dos atingidos, diretrizes de reparação do direito à moradia e expansão da assessoria técnica. A efetividade dos serviços prestados pelos assessores demonstra que qualquer reparação coletiva de direitos depende de uma equipe de multiprofissional que possa materializar tecnicamente a pretensão da comunidade atingida.³⁰

Para aquilatar as relações entre vítimas e causadores do desastre é importante assegurar a inversão do ônus da prova em prol das pessoas prejudicadas. Essa medida também foi adotada pelo Ministério Público de Minas Gerais na Ação Civil Pública ajuizada em face das empresas Samarco, Vale e BHP:

O Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), por meio da 1ª Promotoria de Justiça de Mariana, celebrou, nessa terça-feira, 2 de outubro, um acordo com as empresas Samarco, Vale e BHP para indenização das vítimas do desastre da Barragem de Fundão. O termo foi homologado durante audiência na 2ª vara de Justiça daquela cidade. O acordo, celebrado com auxílio dos representantes dos atingidos e assistência técnica coordenada pela Cáritas e pela Defensoria Pública de Minas Gerais, prevê a reparação integral dos direitos dos atingidos de Mariana, contemplando todos os direitos violados, como danos materiais, danos morais. Para levantamento dos danos das vítimas, serão considerados os dados coletados no cadastro dos atingidos. O acordo estipula o prazo de três meses, a partir da entrega dos cadastros, para que as empresas e a Fundação Renova façam as propostas de indenização. O passo seguinte são as negociações que têm o prazo de um ano para serem concluídas. Nessa fase, os atingidos contarão com advogados contratados pela assistência técnica disponibilizada para eles. Caso os prazos sejam descumpridos, serão arbitradas multas em favor dos atingidos.

³⁰ MENEZHIN, Guilherme de Sá; SILVA, Nívia Mônica da. A atuação do Ministério Público para garantir a participação dos atingidos no processo de reparação dos direitos violados pelo rompimento da barragem de Fundão operada pela Samarco em Mariana. In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce*: desafios para a universidade e para instituições estatais. Rio de Janeiro Folio Digital: Letra e Imagem, 2018. cap. 7, p. 171/204.

O atingido que não se sentir contemplado pelas propostas de indenização das empresas, poderá ingressar com um pedido de “liquidação e cumprimento de sentença”, buscando comprovar o valor que entende justo. Para facilitar a defesa dos direitos da parte mais vulnerável, foi assegurada a inversão do ônus da prova em favor dos atingidos.³¹

Por outra vertente, a responsabilidade dos causadores de desastres tecnológicos não pode cingir-se aos danos tradicionalmente reconhecidos no ordenamento jurídico nacional, ou seja, danos materiais (direitos e lucros cessantes) e danos morais. Da gravidade dos fatos exsurge a possibilidade de aplicar novas categorizações de danos, ainda pouco explorados na jurisprudência nacional.

O civilista Flávio Tartuce lista o dano moral coletivo e os danos sociais, plenamente aplicáveis aos causadores de desastres tecnológicos, posto que comunidade inteiras sofrem um dano massivo com perda da qualidade de vida. Confira:

O *dano moral coletivo* surge como outro *candidato* dentro da ideia de ampliação dos danos reparáveis. O seu conceito é controvertido, mas ele pode ser denominado como o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (*danos morais somados ou acrescidos*).

O Código de Defesa do Consumidor admite expressamente a reparação dos danos morais coletivos, mencionando-os no seu art. 6º, VI. Deve-se compreender que os danos morais coletivos atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis. Por isso, a indenização deve ser destinada para elas, as vítimas.

[...]

O professor titular da Universidade de São Paulo, Antonio Junqueira de Azevedo, propõe uma nova modalidade de dano: o dano social. Para ele, “os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição da qualidade de vida”. O que se percebe é que esses danos podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais.³²

³¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *MPMG finaliza acordo para indenização dos atingidos pelo desastre de Mariana*. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-finaliza-acordo-para-indenizacao-dos-atingidos-pelo-desastre-de-mariana.htm#.XEcUkc3J1ZU>>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

³² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 562/564.

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, configurando-se como nova categoria de dano imaterial, também pode ser aplicada aos desastres tecnológicos, se ficar comprovado que o evento subtraiu excessivamente o tempo das vítimas, especialmente durante o processo de reparação. Segundo a doutrina:

A responsabilidade civil pela perda do tempo livre ou desvio produtivo de consumo consiste na perda de tempo considerável e acima do razoável pelo ofendido (ou consumidor) diante do ofensor (ou empresa) para resolver impasses decorrentes das relações de consumo, no exercício do seu direito, por quadro de funcionários insuficientes, mero capricho ou desrespeito pela da empresa, com o objetivo de criar entraves e delongas para desestimular o consumidor a tanto.³³

Com essas considerações, é possível postular judicialmente, em caráter individual ou coletivo, a reparação de todos os direitos violados das vítimas de desastres tecnológicos, conferindo-se especial atenção às novas modalidades de danos imateriais e às medidas mitigadoras e equalizadoras, como a assessoria técnica e inversão do ônus da prova em favor das vítimas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Possivelmente, enquanto esse texto é redigido, um desastre tecnológico está em curso no mundo ou no Brasil. É uma constatação lamentável, mas verdadeira e que precisa ser enfrentada por todos os juristas.

Ressai desses breves apontamentos que o Brasil está despreparado para conferir soluções jurídicas adequadas aos desastres tecnológicos. Salvo a Lei da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, o nosso ordenamento jurídico não contempla um autêntico direito para tutelar a sociedade e o meio ambiente em face dos desastres, sejam naturais, sejam tecnológicos.

Por outro lado, os operadores do direito não podem aguardar passivamente o arbítrio dos legisladores, muitas vezes financiados pelos próprios causadores dos desastres tecnológicos e desinteressados na regulamentação desse assunto. Destarte, é possível, através de uma interpretação constitucional, implementar soluções inovadoras para reparação adequada do meio ambiente e dos danos suportados pelas vítimas.

A lição de Miguel Reale é de que a Justiça deve ser realizada pelo Direito, tendo como valor-fonte a dignidade da pessoa humana:

³³ JUNIOR, João Biffe; JUNIOR, Joaquim Leitão. *Concursos públicos: terminologias e teorias inusitadas*. São Paulo: Método, 2017, p. 486.

[...] O artista vive em razão da beleza, como é à plenitude do ser pessoal que se endereça a Moral. Já o Direito tem como destino realizar a Justiça, não em si e por si, mas como condição de realização ordenada dos demais valores, o que nos levou, certa feita, a apontá-lo como o “valor franciscano”, cuja valia consiste em permitir que os demais valores jurídicos valham, com base no valor da *pessoa humana*, valor-fonte de todos os valores.³⁴

As consequências jurídicas dos desastres – penais, administrativas, ambientais e civis – possuem particularidades que merecem atenção especial dos operadores do direito, visto que a complexidade dos fatos e a gravidade dos danos não podem ser igualados aos fatos corriqueiros julgados em nossos tribunais – um crime de furto simples, uma infração de trânsito, um desmате irrisório ou um atraso no pagamento de uma conta.

O presente estudo é um esboço, elaborado para alertar sobre a importância de estudar esse tema, ciente de que cada uma das consequências jurídicas possui especificidades e profundidades que não poderiam ser abordadas em um texto exíguo.

O essencial é que a paisagem apresentada apontou os aspectos mais relevantes, até então pouco conhecidos sobre os efeitos desses eventos catastróficos, visando despertar a tema para uma inter-relação entre o direito ambiental e os demais ramos da ciência jurídica.

Saliente-se que os governos devem estar atentos a esses desastres, cujos efeitos podem extrapolar o campo jurídico e atingir a esfera política. A popularidade de George W. Bush despencou em razão da resposta insuficiente de seu governo ao Furação Katrina³⁵. Na Ásia, o país independente de Bangladesh surgiu em resposta ao descaso do governo paquistanês com as vítimas de um ciclone³⁶. Embora sejam exemplos de desastres naturais a mesma premissa é válida para desastres tecnológicos.

Por todas essas razões, os efeitos jurídicos dos desastres tecnológicos merecem atenção especial da comunidade jurídica, nomeadamente do Ministério Público, para buscar a prevenção desses eventos e a reparação integral dos danos em todas as esferas.

³⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 712/713.

³⁵ BBC. *Bush admite erros na resposta ao Furação Katrina*. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2005/09/050912_bushvisitakatrina.shtml. Acesso em: 17 jan. 2019.

³⁶ “Deploravelmente, o governo paquistanês parecia ser o menos preocupado em auxiliar as populações da área do Delta do Rio Ganges. Governos estrangeiros foram mais rápidos, mais generosos e mais solícitos no auxílio aos desamparados do que seus governantes. Essa reação apática e inadequada por parte da capital paquistanesa, Karachi, resultou em uma revolução. Os sobreviventes ao ciclone iniciaram uma guerra civil sangrenta para libertar-se do domínio paquistanês e fundaram o Estado independente de Bangladesh” [SPIG- NESI, Stephen J. *As 100 maiores catástrofes da história*. Rio de Janeiro: Difel, 2005, p. 81].

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Comissão Extraordinária das Barragens - Relatório Final – Versão 30/06/2016**. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/atividade_parlamentar/comissoes/extraordinaria/docs/relatorio-final-comissao-barragens-versao-discussao.pdf. Acesso em: 17 jan. 2019.

BBC. **Bush admite erros na resposta ao Furação Katrina**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2005/09/050912_bushvisitakatrina.shtml. Acesso em: 17 jan. 2019.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 2015, Kindle Edition.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. **Instrução Normativa 1, de 24 de agosto de 2012**. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ce9q_0voSGoJ:www.mi.gov.br/c/document_library/get_file%3Fuuiid%3D822a4d42-970b-4e80-93f8-dae395a52d1%26groupId%3D301094+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **RMS 37.293/SP**. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em teses**. Edição n.º 30. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 17 jan. 2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **RE 548181**. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+548181%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+548181%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bnfsph8>. Acesso em: 17 jan. 2019.

DI PIETRO, Mari Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

EL PAÍS. **Samarco pagou só 1% do valor de multas ambientais por tragédia em Mariana**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html. Acesso em: 17 jan. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Minas Gerais só tem 4 funcionários para fiscalização de barragens**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1705773-minas-gerais-tem-so-4-funcionarios-para-fiscalizacao-de-barragens.shtml>. Acesso em: 17 jan. 2019.

FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. **Valoração do dano ambiental**: algumas premissas. In: MPMG Jurídico Especial. Edição Especial. Belo Horizonte, 2011, p. 10/17. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/>. Acesso em: 17 jan. 2019.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

G1 GLOBO. **MPF denuncia Ultracargo por poluição causada por incêndio que durou 8 dias**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/mpf-denuncia-ultracargo-por-poluicao-causada-por-incendio-que-durou-8-dias.ghtml>. Acesso em: 17 jan. 2019.

G1 GLOBO JORNAL NACIONAL. **Terceiro vazamento da mineradora Hydro Alunorte é registrado no Pará**. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/terceiro-vazamento-da-mineradora-hydro-alunorte-e-registrado-no-para.html>. Acesso: 17 jan. 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3ª edição. Volume I. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY (IAEA). **International Atomic Energy Agency**. Disponível em: <https://www.iaea.org/publications/magazines/bulletin/38-3>. Acesso em: 17 jan. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MENEZHIN, Guilherme de Sá; SILVA, Nívia Mônica da. **A atuação do Ministério Público para garantir a participação dos atingidos no processo de reparação dos direitos violados pelo rompimento da barragem de Fundão operada pela Samarco em Mariana.** In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce: desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro Folio Digital: Letra e Imagem, 2018. cap. 7, p. 171/204.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **MPMG finaliza acordo para indenização dos atingidos pelo desastre de Mariana.** Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-finaliza-acordo-para-indenizacao-dos-atingidos-pelo-desastre-de-mariana.htm#.XEcUkc3J1ZU>. Acesso em: 03 out. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Sala de imprensas docs. denúncia Samarco.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>. Acesso em: 17 jan. 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REUTERS. **Victims of Brazil's biggest environmental disaster still fighting for compensation.** Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-brazil-disaster-compensation/victims-of-brazils-biggest-environmental-disaster-still-fighting-for-compensation-idUSKBN1D7203>. Acesso em: 17 jan. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SPIGNESE, Stephen J. **As 100 maiores catástrofes da história.** Tradução de Flávio Marcos e Sá Gomes. Rio de Janeiro: Difel, 2005. (Coleção 100).

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

O “DESASTRE DO RIO DOCE” ERA IMPREVISÍVEL? WAS THE “DISASTER OF THE RIO DOCE” UNPREDICTABLE?

SAHID SEKEFF SIMÃO ALENCAR¹

CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI²

RESUMO

O objetivo principal deste artigo é compreender o rompimento da “Barragem do Fundão”, ocorrido em 2015 e gerida pela empresa Samarco, no subdistrito de Bento Rodrigues, não como um fato imprevisível, mas como uma sequela de inúmeras fragilizações presentes nas legislações ambientais brasileiras, juntamente com inefetivos órgãos fiscalizadores. Para tanto buscou-se em normas internacionais, assim como jurisprudências de cortes internacionais, alternativas para essa grave crise institucional. Averiguou-se que apesar de formalmente existente, o princípio da precaução tem sido marginalizado em detrimento do desenvolvimento econômico propiciado pela mineração, comprovação que não o é um estado de exceção, e sim uma prática corriqueira em inúmeros municípios brasileiros, especialmente nos do Estado de Minas Gerais, legalizada pela complacência do Brasil. Por conseguinte, a busca por um meio ambiente ecologicamente equilibrado tem sido sucessivas vezes comprometida, não se fortalecendo, mesmo depois desse desastre ambiental. Como método, adotou-se revisão bibliográfica e análise documental.

PALAVRAS-CHAVE: Rio Doce. Samarco. Barragem de rejeitos de mineração. Dano ambiental. Princípio da prevenção.

ABSTRACT

The main objective of this article is to understand the rupture of the “Fundão Dam”, occurred in 2015 and run by the company Samarco, in the district of Bento Rodrigues, not as an unpredictable fact, but as a sequel of innumerable fragilizations present in Brazilian environmental legislations, together with ineffective oversight bodies. For this,

¹ Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (Universidade Federal do Maranhão), sob a orientação da Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1994), com especialização em Direito e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999), mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Cardozo School of Law - Yeshiva University (2006). Professor Titular da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão (ESMPMA); Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão, Curso de Graduação em Direito, área Direito Público, e titular do programa de pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

international standards, as well as jurisprudence of international courts, were sought for alternatives to this serious institutional crisis. It was found that, although formally existing, the precautionary principle has been marginalized to the detriment of the economic development propitiated by mining, evidence that is not a state of exception, but a common practice in many Brazilian municipalities, especially in the State of Minas Gerais, legalized by the complacency of Brazil. Therefore, the search for an ecologically balanced environment has been repeatedly compromised and not strengthened even after this environmental disaster. As a method, bibliographic review and documentary analysis were adopted.

KEYWORDS: Rio Doce. Samarco. Mining tailings dam. Environmental damage. Principle of prevention.

1 INTRODUÇÃO

Em 05 de novembro do ano de 2015, houve o maior desastre³ ambiental ocorrido no Brasil, tido por muitos como um dos mais devastadores da história da mineração do mundo. A barragem de rejeitos⁴ do “Fundão”, elemento de um complexo de mineração gerido pela empresa Samarco Mineração S.A., localizada em Bento Rodrigues (subdistrito do município de Mariana), rompeu-se e escoou cerca de 45 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro ao longo do Rio Doce (BOWKER ASSOCIATES, 2015). Por conseguinte, ocorreram danos aos meios físico, biótico e socioeconômico de magnitude incalculável, além de 17 mortes e dois desaparecimentos.

Após o desastre, a empresa Samarco tentou retratá-lo como um caso fortuito, uma falácia, devidamente comprovado posteriormente. Ocorre que a gênese do ocorrido, na verdade, é uma sequela da cultura institucional encrustada no Estado brasileiro de priorizar os avanços econômicos, obtidos por meio da mineração, em detrimento da preservação do meio ambiente, como se esse fosse um entrave àquele.

Ainda em 1986, em Itabirito – MG, ocorreu o primeiro acidente, resultante de um rompimento de uma barragem de rejeitos de mineração, de grandes proporções em solo brasileiro, contudo as autoridades mantiveram uma frágil fiscalização. Tanto o é, que depois de 28 (vinte e oito) anos, no mesmo local, não houve somente um, mas três rompimentos de barragens. Antes do “Desastre do Rio Doce”, sete acidentes do mesmo

³ Julga-se imprópria a expressão “Desastre de Mariana”, comumente difundida pelo setor midiático, visto amenizar o epicentro da catástrofe, ocorrido no Rio Doce. Diante dessa constatação, optou-se por retratar o ocorrido como “Desastre do Rio Doce”.

⁴ Adotar-se-á o conceito de rejeitos presente na Lei n°. 12.305/2010, responsável por instituir a “Política Nacional de Resíduos Sólidos”, em seu art. 3º, XV: “resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada.”

gênero sucederam no Brasil⁵ (ZONTA; TROCATE, 2016, p. 90).

Empreendimentos do setor de mineração que detenham barragens de rejeitos representam, por si só, efetivos impactos ambientais, independente da ocorrência de acidentes ou rompimentos. Isso é um corolário lógico do conceito de rejeito, afinal estar-se-á perante “perenes reservatórios carregados de material poluente” (TOLEDO *et al*, 2016, p. 16), os quais jamais se integrarão ao ecossistema local, pelo menos não no atual nível de conhecimento científico. Exaspera-se a situação por ter havido, no mundo, uma média de dois a cinco rompimentos de barragens de rejeitos por ano, entre os anos de 1970 e 2000 (DAVIES; MARTIN; LIGHTHALL, 2000, p. 264 apud TOLEDO *et al*, 2016, p. 41).

Inúmeras fragilidades manifestam-se de maneira evidente nas legislações nacionais, contudo o governo brasileiro permanece complacente com essas. Evidente essa constatação diante dos Projetos de Lei do Senado Federal nº. 654/2015 e 168/2018, destinados explicitamente a enfraquecer o Estudo de Impacto Ambiental em grandes empreendimentos, mesmo após ter-se vislumbrado amplamente pela mídia os nefastos efeitos do “Desastre do Rio Doce”.

Nesse cenário favorável ao desprezo do princípio da precaução, soergue-se o “fenômeno da fragmentação” do licenciamento ambiental no Brasil, uma forma de burlá-lo e agravado pela ausência de obrigatoriedade do seguro ambiental, juntamente com uma precariedade dos órgãos fiscalizatórios. Por conseguinte, desencadeia um barateamento dos custos dos empreendimentos, todavia sem robustecer o interesse nacional, e sim destinado a prevalência da potencialização dos lucros de organizações privadas.

O presente trabalho orientar-se-á pela compreensão dessas lacunas legislativas e o seu reflexo prático na vulnerabilidade dos acidentes envolvendo barragens de rejeitos de mineração, afinal “O caso de Mariana não remete à exceção, à ruptura com a normalidade, mas sim à continuidade de violações à natureza e ao ser humano, pois traduz o modelo de desenvolvimento vigente na realidade brasileira.” (BRUZACA, 2018 *in* CUNHA, 2018, p. 22). Buscar-se-á ainda superar essas lacunas embasado na normatividade internacional relativa ao tema, sempre com escopo de tornar efetivo o mandamento constitucional do direito a um “meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

2 FRAGILIDADES DA LEGISLAÇÃO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

2.1 “Fenômeno da Fragmentação” do Licenciamento Ambiental no Brasil

Ao se analisar mais detidamente o “Desastre do Rio Doce”, deve-se superar uma visão incipiente de que o cerne do acidente adveio do rompimento da “Barragem de Rejeitos do Fundão”, ignorando-se que essa estrutura é somente um elemento de um complexo

⁵ Itabirito (1986, 2014); Nova Lima (2001), Mirai (2006 e 2007), Congonhas (2008), Itabira (2008), todos no Estado de Minas Gerais (MG).

minerário, constituído por mais duas barragens, duas minas, três usinas de beneficiamento e três minerodutos. Cada um desses projetos detinha uma licença ambiental distinta, fato não isolado, mas um fenômeno constante nos grandes empreendimentos desse gênero. Apesar dessa constatação, o Estado brasileiro permanece inerte, justificando tal complacência para não inviabilizar o desenvolvimento econômico, retratando a temática não de forma técnica, mas moldando-o a uma dimensão predominantemente política.

O “fenômeno da fragmentação” de licenciamentos ambientais em unidades menores reflete um anseio por maior celeridade e barateamento dos custos dos empreendimentos⁶, contudo sacrifica-se o mandamento constitucional do direito a um “meio ambiente ecologicamente equilibrado.” Aquele ainda acarreta, particularmente quanto à exploração de mineração, a prevalência da potencialização dos lucros de algumas empresas, muitas das quais sequer nacionais, em detrimento do interesse nacional.

Poder-se-ia ainda destacar a manipulação das massas para legitimar esse mecanismo ardil, isso em decorrência da concessão de um licenciamento parcial acarretar praticamente uma imposição aos órgãos ambientais para que não impeçam o atingimento da capacidade produtiva total do empreendimento. Afinal, essa “oportunidade” acarretará milhares de empregos e amplo desenvolvimento socioeconômico a municípios, geralmente, totalmente dependentes dessa atividade, como Mariana, incluindo o subdistrito de Bento Rodrigues, em Minas Gerais.⁷

Processos individualizados de licenciamento desencadeiam efeitos nefastos ao meio ambiente, conforme se evidencia no recente desastre mineiro, pois retiram, da análise de viabilidade ambiental, as variáveis dos impactos cumulativos e sinérgicos.

Impactos cumulativos ou acumulativos são aqueles que se acumulam no tempo ou no espaço, resultado de uma combinação de efeitos decorrentes de uma ou diversas ações. Uma série de impactos insignificantes pode resultar em significativa degradação ambiental se concentrados espacialmente ou caso se sucedam no tempo. [...]

Cumulatividade e sinergismo referem-se, respectivamente, à possibilidade de os impactos se somarem ou se multiplicarem. Para Mc Donald, o caráter aditivo ou cumulativo dos impactos ambientais é bem mais comum que o sinérgico; este ocorre quando a ação combinada de múltiplas causas é maior que a soma dos efeitos individuais, embora ‘respostas não lineares também possam ser vistas como um tipo de sinergismo’. (SÁNCHEZ, 2013, p. 235).

⁶ Esse barateamento é explicado pelo fato de que a fragmentação do empreendimento pode resultar na não obrigatoriedade da realização de Estudo e Relatório de Impacto Ambiental, consequentemente redução ou eliminação de compensações ambientais previstas no art. 36 da Lei nº. 9.985/2000.

⁷ Pautada nessa mesma linha argumentativa, em decorrência da concessão de licença de minério ser requerida antes do licenciamento ambiental, ao se conseguir a primeira, há uma enorme pressão para concessão do segundo, independentemente dos impactos ambientais a serem gerados.

Essa constatação científica, advinda da Geologia, é marginalizada na legislação nacional por sucessivas brechas existentes, viabilizando a legalidade da fragmentação dos licenciamentos ambientais.

O Poder Constituinte Originário expressamente estatuiu o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) como um meio de assegurar efetividade ao direito de um “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225, § 1º, IV, CF), comportando-se como uma obrigação a todos os empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente.

Ocorre que o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), criado pela Lei Federal nº. 6.938/81, órgão responsável pela adoção de medidas de natureza consultiva e deliberativa acerca do Sistema Nacional do Meio Ambiente, em sua Resolução nº. 237/1997 definiu:

Art. 3º, parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.

Art. 8º, parágrafo único. As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade. (grifo nosso).

Art. 12. O órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação. (grifo nosso).

§1º. Poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente. (CONAMA, 1997, grifo nosso).

Pautados em cabimento legal, almejando-se burlar a exigência do EIA, os grandes empreendimentos são ramificados no maior número possível de unidades, como o “Desastre do Rio Doce”. Analogamente, existem ainda duas facetas dessa lacuna, também alicerçadas na mencionada resolução. A primeira é a propositura ao órgão ambiental licenciador de empreendimentos que supostamente teriam baixo impacto ambiental, em decorrência da área de abrangência ou produção anual, seguidos de sucessivos pedidos de ampliação. O outro meio são grandes empreendimentos que mascaram ser codependentes, mas na verdade são elementos de um mesmo conjunto, por exemplo, minerodutos, essenciais para o escoamento de minérios, e minas de exploração.

Distinta forma de se burlar o exame sistêmico dos impactos ambientais é por meio da construção de minerodutos para escoamento da produção mineral em Estado (s) distinto (s) de onde haverá a mineração. Segundo a Lei Complementar nº. 140/2011, art. 7º, inc. XIV, “e”, é competência da União, mais especificadamente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a promoção de licenciamentos ambientais de empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados. Por outro lado, ao órgão estadual do meio ambiente caberia a fiscalização da atividade de mineração. Todavia, caso não houvesse a fragmentação, ter-se-ia o licenciamento único no âmbito do IBAMA.

Outra saída furtiva advém do Decreto-Lei nº. 227/1967, Código de Mineração. Segundo seus arts. 38 a 40, um dos documentos que compõem o Requerimento de Lavra, dirigido ao Ministro das Minas e Energia, pelo titular da autorização de pesquisa ou seu sucessor, é o Plano de Aproveitamento Econômico (PAE). Trata-se de um instrumento fundamental na demonstração da viabilidade econômica do projeto minerário, contudo grandes empreendimentos requerem licenciamentos ambientais em produções minerais inferiores ao PAE, aferição que poderia facilmente ser feita pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), cujo único intuito é macular os procedimentos licenciatórios.

Por fim, no Estado de Minas Gerais, onde ocorreu o “Desastre do Rio Doce”, ainda se vislumbra a Lei Estadual nº. 7.772/1980, em seu art. 8º, com redação dada pelo art. 16 da Lei nº 15.972/2006, a qual prevê a Autorização Ambiental de Funcionamento (AAF), para ações de menor impacto. Nessas, exige-se apenas cadastro no órgão ambiental, termo de responsabilidade e apresentação de autorização para supressão de vegetação e outorga para intervenção em recursos hídricos, quando necessário. Novamente, grandes empreendimentos buscam se segmentar para regularização ambiental por meio de várias AAFs.

2.1.1 Projetos de Lei do Senado Federal nº. 654/2015 e 168/2018

Se não bastasse a fragilidade da promoção de licenciamentos ambientais em grandes empreendimentos no Brasil, conforme se averiguou no subtópico anterior, esse cenário tende a se agravar caso haja a aprovação dos Projetos de Lei do Senado (PLS) nº. 654/2015 e 168/2018⁸, cujos autores são, respectivamente, os senadores Romero Jucá e Acir Gurgacz. Paradoxalmente, nem o “Desastre do Rio Doce” foi capaz de alterar a cultura institucional de marginalização da preservação ambiental.

O PLS nº. 654/2015 propõe a criação de um rito especial de licenciamento ambiental destinado a “empreendimentos de infraestrutura estratégicos para o desenvolvimento

⁸ Atualmente, o PLS nº. 654/2015 encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (Secretaria de Apoio à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa). Por sua vez, o PLS nº. 168/2018 encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania).

nacional sustentável e necessários à redução das desigualdades sociais e regionais” (art. 1º). Dentre os quais, são citados os pertencentes a: sistemas viários, hidroviário, ferroviário e aeroviário; portos e instalações portuárias; energia; telecomunicações.

Constata-se, no art. 5º, exíguos prazos peremptórios para a realização dos estudos ambientais, por conseguinte, diante da complexidade das dinâmicas do meio ambiente, aqueles serão superficiais, visto a impossibilidade de um rigor científico e técnico, ou sequer serão realizados, comportando-se como *pro forma*. Questiona-se quem seriam os beneficiados por esse “modelo *fast-track*”, em tempo recorde de 8 (oito) meses, e se, efetivamente, o “interesse nacional” prevalecerá.

Em perspectiva oposta ao Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro, bem como da sistemática do Rio + 20 de direitos de acesso à informação, eliminou-se a obrigatoriedade das audiências públicas com os interessados que sofrerão os possíveis impactos ambientais causados pelo empreendimento. Da mesma forma, enfraquece-se a fiscalização promovida pela Ministério da Saúde, Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Ministério Público estadual e federal. Os parlamentares brasileiros desmereceram a importante decisão prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ao julgar o *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*:

[...] a ação do Estado deve encontrar-se regida pelos princípios da publicidade e transparência na gestão pública, o que torna possível para as pessoas que estão sob sua jurisdição exerçam o controle democrático dos procedimentos estatais, de tal forma que possam questionar, inquirir e considerar se um cumprimento adequado das funções públicas. [...] O controle democrático, por parte da sociedade através da opinião pública, promove a transparência das atividades do Estado e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública. [...] Ao permitir o exercício desse controle democrático, se fomenta uma maior participação das pessoas no interesse da sociedade. (tradução nossa). (CIDH, 2006, p. 46).

Em consonância com esse pressuposto, critica-se com veemência o Projeto de Lei nº. 654/2015, visto que possivelmente esvaziará o caráter preventivo do EIA, olvida-se da relevância desse ao proporcionar:

[...] uma análise integrada das consequências dos empreendimentos, no estágio mais precoce possível de planejamento, a fim de elucidar os efeitos da atividade particular, enquanto as opções ainda estão abertas à reconsideração da desejabilidade da ação ou do seu modo de operação, antes que uma decisão irremediável seja tomada.” (McCALL TJM, p. 378, tradução nossa).

Nesse sentido, Mary Correia ao analisar a sistemática do licenciamento ambiental no Brasil, sob a ótica da realização da justiça ambiental, reverbera:

[...] para alterar as regras do Licenciamento ambiental do modelo atual, deve-se levar em consideração a Justiça ambiental de modo a assegurar o acesso justo, equitativo e ético aos recursos ambientais para todos da sociedade, evitando, desta maneira, que a parcela da sociedade mais vulnerável, como as comunidades fragilizadas econômica e politicamente, suportem desproporcionalmente as consequências ambientais negativas resultantes de empreendimentos econômicos implementados com suporte em decisões políticas e de programas do Governo (federal, estadual e municipal) sem a devida mensuração dos riscos socioambientais e sem levar em conta um tratamento justo e equitativo para todos. (ANDRADE CORREIA, 2017, p. 125).

Por sua vez, no PLS nº. 168/2018, dentre as diversas falhas que poderiam ser pontuadas no projeto, focar-se-á nas que mais fragilizarão o licenciamento ambiental, consequentemente impactando negativamente futuros empreendimentos que detiverem barragens de rejeitos de mineração, incluindo obras de ampliação nos atuais.

Relevantes limitações aos estudos de impacto, inclusive de medidas de mitigação e de compensação, advêm da ausência de “certidão do uso do solo” (art. 11), documento essencial para se compreender as particularidades do local, e do conceito de “área de influência” (art. 2º, III). Essa foi conceituada como “área que sofre os impactos ambientais diretos da construção, instalação, ampliação e operação de atividades ou empreendimentos”. Ora, diante da complexidade dos empreendimentos que detenham barragens de mineração, é incoerente restringir as áreas de influência aos impactos ambientais diretos, excluindo-se danos ecológicos⁹, impactos na cadeia produtiva local, interação da população com os recursos naturais etc.

A maior contribuição, para que tragédias como a de Bento Rodrigues se repitam, adviria do art. 3º, § 1º. Segundo o dispositivo, “os entes federativos definirão as tipologias de atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental”, ignorando-

⁹ Na seara dos danos ecológicos, pontua-se as seguintes particularidades desses: “[...] as consequências danosas de uma lesão ao meio ambiente são irreversíveis (não se reconstitui um biótipo ou uma espécie em via de extinção), estando vinculadas ao progresso tecnológico; a poluição tem efeitos cumulativos e sinérgicos, que fazem com que estas se somem e se acumulem, entre si; a acumulação de danos ao longo de uma cadeia alimentaria (sic), pode ter consequências catastróficas (enfermidade de Minamata no Japão); os efeitos dos danos ecológicos podem manifestar-se muito além das proximidades vizinhas (efeitos comprovados pela contaminação das águas, pelas chuvas ácidas, devidas ao transporte atmosférico a longa distância de SO₂); são danos coletivos por suas próprias causas (pluralidade de autores, desenvolvimento industrial, concentração urbana) e seus efeitos (custos sociais); são danos difusos em sua manifestação (ar, radioatividade, poluição das águas) e no estabelecimento do nexo causalidade (sic); tem repercussão na medida em que implicam agressões principalmente a um elemento natural e, por rebote ou ricochete, aos direitos individuais.” (PRIEUR, 1996, p. 844 apud LEITE & AYALA, 2010, p. 95).

se a competência do IBAMA, um órgão que detém competência técnica para tanto. Ademais, isso comportar-se-ia como um incentivo para que os Estados “afrouxassem” suas normas ambientais, já que, assim, atrairiam empreendimentos devido aos menores custos. No art. 4º, há uma lacuna que resultará em fragilização do licenciamento. Isso porque, no § 3º do mesmo artigo, excepcionalmente, “tendo em vista a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento, poderão ser definidas licenças específicas por ato normativo da autoridade competente”. Houve uma grande margem de discricionariedade, já que sequer estabeleceu-se quem seria essa autoridade competente e, possivelmente, englobaria todos os empreendimentos tidos como “estratégicos”, segundo os parâmetros do PLS nº. 654/2015.

Logo, problemáticos os mencionados PLS’s, visto relegarem a preservação do meio ambiente a um papel secundário, materializado pelo enfraquecimento do caráter preventivo do EIA.

2.2 Ausência de Obrigatoriedade do Seguro Ambiental e Precariedade dos Órgãos Fiscalizatórios

Ante o alto risco imanente das barragens de rejeitos de mineração, os seguros ambientais deveriam ser obrigatórios para a operacionalidade de empreendimentos que as detivessem, contudo não é o que ocorre no ordenamento jurídico nacional. Essa fragilidade na legislação nacional tornou-se mais que evidente no “Desastre do Rio Doce”, pois a empresa Samarco possuía seguro restrito ao seu patrimônio, não englobando os riscos ambientais. Essa limitação, juntamente com a morosidade da justiça nacional, agravam a vulnerabilidade dos atingidos pela tragédia, intensificando as mazelas socioeconômicas que vivenciam.

O presente trabalho defende o seguro ambiental como um “instrumento eficaz de gestão de riscos ambientais” (SILVA, 2007, p. 301), afinal crer na reparação do dano integral, como uma reparação *in natura*, é uma ilusão, dada a magnitude e complexidade de tragédias como a ocorrida no subdistrito de Bento Rodrigues.

Ainda na década de 1980, houve preocupações na seara nacional com o oferecimento de seguros que englobassem danos ambientais. Dessa forma, a Lei nº. 6.938/1981, em seu art. 9º, inc. XIII, reconheceu o seguro ambiental como um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. Na tentativa de se conceder maior efetividade à tal abstrata norma, a Política Nacional de Resíduos Sólidos estatuiu:

Art. 40. No licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades que operem com resíduos perigosos, o órgão licenciador do Sisnama pode exigir a contratação de seguro de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente ou à saúde pública, observadas as regras sobre cobertura e os limites

máximos de contratação fixados em regulamento (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Depara-se com uma faculdade do órgão ambiental de exigir o seguro de danos ambientais ao empreendimento. A ausência de seguros tornou-se regra em decorrência de uma má gestão promovida pelos órgãos fiscalizadores, juntamente com o “fenômeno da fragmentação dos licenciamentos ambientais”. Interessante se pontuar a existência de duas exceções a esse quadro: a Lei nº. 6.453/1977¹⁰ e a Lei nº. 9.966/2000¹¹, alicerçadas, respectivamente, na “Convenção Internacional de Responsabilidade Civil por Dano Nuclear” e na “Convenção de Responsabilidade Civil decorrente de Poluição Marinha por Petróleo e Derivados”, estipularam seguro de responsabilidade civil obrigatório para essas atividades.

Outra possibilidade, defendida por doutrinadores, como Danny Monteiro da Silva, é inferir-se a obrigatoriedade do seguro ambiental da responsabilidade civil objetiva. Conforme preceituado pelo art. 14, § 1º, da Lei nº. 6.938/1981:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 1981, grifo nosso).

Pautado nesse dispositivo legal, “[...] a extensão da responsabilidade objetiva impõe ao empreendedor a obrigação de assumir os riscos ambientais inerentes à sua atividade, propiciando a necessidade de seu asseguroamento” (SILVA, 2007, p. 307). Portanto, não seria forçoso recorrer-se às legislações de atividades nucleares e petrolíferas, ou até mesmo alienígenas, dado que esse raciocínio detém uma notável fundamentação para a obrigatoriedade de seguros ambientais em empreendimentos com significativo impacto ambiental, como as barragens de rejeitos de mineração, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Faz-se necessária uma análise mais profunda do art. 40 da Política Nacional de Resíduos Sólidos, já que mesmo se o seguro ambiental fosse obrigatório, da forma como foi formulado, não resultaria nos ganhos almejados. Se seguidos os parâmetros legais, estar-se-ia ante de um seguro de responsabilidade civil geral, restrito à proteção dos

¹⁰ “Art. 13 - O operador da instalação nuclear é obrigado a manter seguro ou outra garantia financeira que cubra a sua responsabilidade pelas indenizações por danos nucleares.” (BRASIL, 1977).

¹¹ “Art. 13. Os navios enquadrados na CLC/69 deverão possuir o certificado ou garantia financeira equivalente, conforme especificado por essa convenção, para que possam trafegar ou permanecer em águas sob jurisdição nacional”. Para compreensão da sigla CLC/69, recorre-se ao art. 2º, inc. II: “CLC/69: Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, de 1969, ratificada pelo Brasil” (BRASIL, 2000).

danos causados a pessoas e a bens de terceiros com determinabilidade dos titulares dos interesses afetados, afinal, segundo o art. 757, do Código Civil, o contrato de seguro detém como marca a previsibilidade dos riscos. Assim, não seriam incluídos danos ambientais ou ecológicos.

Outra limitação que impede o desenvolvimento de “seguros ambientais” advém da política executada pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). O órgão foi criado pelo art. 36 do Decreto-lei nº. 73/1966, detendo a competência para regulamentar e fiscalizar os contratos de seguro, com exceção dos advindos do setor de saúde, bem como seus prêmios e estipulações contratuais. Ocorre que esse induz as seguradoras a adotarem modelos padronizados de apólices dos diversos ramos, visto que se essas agirem de maneira diversa, deverão se submeter a uma complexa burocracia. Em perspectiva crítica, Walter Polido reverbera:

Na contramão do mercado internacional, maduro e desenvolvido, o nacional fica à mercê, em pleno século XXI, deste tipo de determinação estatal, totalmente desconectada da realidade mundial, em prejuízo mesmo de todo o sistema segurador, notadamente em relação aos interesses dos segurados. Somente o Estado, particularmente a Susep, entende que os clausulados padronizados são muito mais eficazes e perfeitos para todos os cidadãos consumidores de seguros do país. No mundo todo, *desenvolvido*, não é este o entendimento que prevalece. É, portanto, mais do que necessário mudar este paradigma estagnante e anacrônico em benefício dos segurados brasileiros (POLIDO, 2017).

A premente obrigatoriedade do seguro ambiental deve vir acompanhada por maior eficiência dos órgãos fiscalizatórios. Isso tornou-se evidente diante de uma auditoria promovida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no DNPM em 01 de janeiro de 2016. Constatou-se que, entre 2012 e 2015, apenas 35% das barragens classificadas como de alto risco, a nível nacional, foram fiscalizadas por esse órgão. Em suma, o TCU concluiu:

[...] a gestão das informações sobre segurança de barragens de rejeitos no Brasil é feita de forma precária e não há meios que permitam o armazenamento e o tratamento integrado dos dados recebidos, tampouco a geração de informações de cunho gerencial, uma vez que os dados decorrentes das fiscalizações permanecem regionalizados e fragmentados dentro de cada superintendência, prejudicando uma visão global, pelo DNPM, da situação da segurança de barragens de rejeitos no Brasil (TCU, 2016).

Portanto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado somente será alcançado

pelo Brasil, ao se conciliar a obrigatoriedade do seguro ambiental juntamente com um eficiente sistema de gestão ambiental, incluindo órgãos fiscalizadores atuantes e orientados pelo princípio da prevenção.

3 SUPRESSÃO DAS LACUNAS NACIONAIS COM BASE NA NORMATIVIDADE INTERNACIONAL RELATIVA AOS ACIDENTES COM BARRAGENS DE REJEITOS DE MINERAÇÃO

A compreensão do “Desastre do Rio Doce” deve pautar-se não em uma análise isolacionista, mas conglobante de uma problemática global, não restrita ao Brasil ou a países tidos como “subdesenvolvidos”. O sucedido escamoteia a realidade de “insuportabilidade” pelo planeta Terra de manutenção da oferta de recursos naturais ante uma má gestão dos frutos da atividade de mineração: os rejeitos, elementos não biodegradáveis e que jamais retornarão a ser matéria-prima original.

A preocupação da comunidade internacional com as barragens de rejeitos advém de muito antes do tão conclamado Relatório Brundtland de 1987. Entre 1965 e 1985, ocorreram 10 (dez) acidentes do gênero, em diferentes locais do globo, evidenciando os potenciais danosos dessa atividade econômica.¹² Por conseguinte, já nesse momento, soergueu-se o anseio pela elaboração de um conjunto normativo internacional focado em obstar a reiteração dessas tragédias.

Impossível se dissociar o desenvolvimento das normas internacionais relativas aos acidentes com barragens de rejeitos de mineração do “comércio internacional de rejeitos”. Isso porque, durante os anos de 1980, os países desenvolvidos promoveram uma política de transferência dos rejeitos produzidos em seus territórios para Estados subdesenvolvidos, mediante incentivos financeiros, burlando-se o “princípio do poluidor-pagador”. Nesse cenário, havia uma alienação da responsabilidade pelo depósito, eliminação ou reciclagem dos rejeitos a países sem uma estrutura para suportar tal ônus, acarretando destruição de vastos ecossistemas.

Basilar se pontuar que, independentemente da existência de uma norma internacional específica, o “comércio internacional de rejeitos” representava uma violação ao princípio 21 da Declaração de Estocolmo, uma norma consuetudinária internacional:

Os Estados têm, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, o direito soberano de explorar seus próprios recursos de acordo com suas próprias políticas

¹² Nesse interregno temporal, estes foram os acidentes com maior repercussão destrutiva ao meio ambiente, incluindo vidas ceifadas: El Cobre (Província de Quillota- Chile, 1965); Zgorigrad (Vratsa- Bulgária, 1966); Aberfan (Merthyr Tydfil- Reino Unido, 1966); Fort Meade (Condado de Anne Arundel, Maryland- EUA, 1971); Buffalo Creek (Condado de Logan, Virgínia Ocidental- EUA, 1972); Bafokeng (África do Sul, 1974); Mochikoshi (Japão, 1978); Church Rock (EUA, 1978); Tyrone (EUA, 1980); Veta de Agua (Chile, 1985). A título elucidativo, entre 1962 e 2010, com base nos dados da International Commission On Large Dams (ICOLD), ocorreram 229 (duzentos e vinte e nove) acidentes com barragens de rejeitos no globo. (ENGELS, 2006).

ambientais, e a responsabilidade de assegurar que as atividades dentro de sua jurisdição ou controle não causem danos para o meio ambiente de outros Estados ou de zonas além dos limites da jurisdição nacional. (tradução nossa). (UN, 1972).

Poder-se-ia ainda realizar um paralelo com o “Caso do Canal de Corfu” julgado pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) em 1949. Nessa ocasião, a Corte extraiu o princípio da: “Obrigação de todo Estado de não permitir conscientemente que seu território seja usado para atos contrários aos direitos de outros Estados.” (tradução nossa) (ICJ, 1949).

Na seara de movimentos transfronteiriços de rejeitos, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi pioneira na tentativa de implementação de normas de caráter internacional. Já em 28 de setembro de 1976, com o escopo de uma redução global de riscos ambientais, o órgão enfatizou a urgência de uma política global de rejeitos.

A partir de 1984, a OCDE buscou meios de materializar essa ideia incipiente, atingindo o ápice em 31 de janeiro de 1991, por meio da Decisão-Recomendação nº 178, oportunidade em que definiu a manutenção do vínculo jurídico entre o responsável pela exploração e os rejeitos produzidos, raciocínio fundamentado na capacidade adequada e disponível para que haja o tratamento e eliminação desses, não de qualquer forma, mas orientada por um meio ecologicamente racional (OECD, 1991).

Retrocedendo-se alguns poucos anos, em 17 de junho de 1987, o Conselho de Administração do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) adotou as “Diretrizes de Cairo para o Gerenciamento Ambientamente Seguro de Resíduos Perigosos”, detendo como marca característica obrigações gerais de prevenção e cooperação internacional nessa temática. Concomitantemente, ainda no âmbito desse órgão foram adotadas as “Diretrizes de Londres para Troca de Informações sobre Produtos Químicos no Comércio Internacional”, instrumento jurídico cujo foco central era a universalização de mecanismos de prevenção, orientados por maior segurança química (SOARES, 2001 apud TOLEDO *et al*, 2016, p. 25-26).

A ausência de sistematização no plano internacional fora superada, em 22 de março de 1989, quando houve a Convenção da Basileia¹³, tida como a normativa mais importante no âmbito do controle dos movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito e, indiretamente, aos acidentes com barragens de rejeitos de mineração. Buscando-se um consenso entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, estipulou-se, como regra, a proibição do comércio internacional de rejeitos, contudo continuaria a ser admitido em casos extraordinários. Pautado pela premissa de maior concessão de segurança jurídica, fora criada a condicionante de realização de notificação e consentimento entre os Estados partes.

¹³ A convenção foi devidamente internalizada, no ordenamento jurídico, na íntegra por meio do Decreto nº. 875, de 19 de julho de 1993, sendo também regulamentada pela Resolução Conama nº. 452, 02 de julho de 2012. Assinala-se que as discussões promovidas na IV Conferência das Partes, realizada em Kuching, na Malásia, em 27 de fevereiro de 1998, desencadearam alterações na convenção, devidamente internalizadas por meio do Decreto nº. 4.581, de 27 de janeiro de 2003.

A despeito dos méritos advindos da Convenção da Basileia, incluindo-se a superação de uma previsão expressa da ilicitude da conduta (art. 4º, 3.), restou-se uma fragilidade quanto à responsabilização no plano internacional. Essa somente foi suprida em junho de 1999, período em que se firmou o “Protocolo da Basileia sobre Responsabilidade e Compensação por Danos resultantes do Movimento Transfronteiriço de Resíduos perigosos e seu Depósito”, no qual se consolidou a responsabilidade objetiva por risco, independentemente de culpa (art. 4º). Sem embargo, a maior contribuição residiu na articulação do “princípio da gestão ecologicamente racional de resíduos”:

Art. 2º, 8. ‘Gestão ambientalmente saudável de resíduos perigosos ou outros resíduos’ significa adotar todas as medidas práticas para assegurar que os resíduos perigosos ou outros resíduos sejam gerenciados de uma maneira que proteja a saúde humana e o meio ambiente contra os efeitos adversos que possam resultar desses resíduos. (BASEL CONVENTION, 1989, tradução nossa).

Antecipando-se ao Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992¹⁴, a Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa (CENUE) buscou a superação de uma visão consequentialista dos rejeitos, com ênfase no princípio da prevenção. Para tanto, foram adotados dois importantes tratados internacionais, parâmetros importantes, até os dias atuais, que deveriam ser seguidos pelas demais nações.

A primeira data de 1991, trata-se da “Convenção sobre Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço”, vulgarmente conhecida como “Convenção de Espoo.” (UN, 1991). Coordenou-se obrigações jurídicas aos Estados signatários para promoção de avaliações de grandes projetos de engenharia, desencadeadores de significativos impactos ambientais, abarcando as barragens de rejeito de mineração (art. 2º, 7.). Após essa avaliação de impacto ambiental, caso constatados riscos ambientais a outros Estados ou zonas internacionais, o Estado promovedor do projeto deve notificá-los com o intuito de entrarem em consenso quanto às medidas necessárias a serem tomadas (art. 7º, 2.).

A outra convenção europeia data de 1998, a “Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na tomada de Decisões e o Acesso à Justiça no Domínio do Ambiente”, comumente conhecida como “Convenção de Aarhus”. (UNECE, 1998). A mesma promoveu um aprimoramento dos princípios jurídicos internacionais presentes na Declaração do Rio de Janeiro, com realce nos da prevenção e da precaução, considerando que a defesa do meio ambiente equilibrado somente é

¹⁴ “A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.” (ONU, 1992).

possível mediante a participação popular, impugnações aos projetos apresentados (não meramente *pro forma*) e acesso efetivo à Justiça (art. 1º). Para a consecução desse objetivo, estabeleceu-se uma ampla classe de “pessoas interessadas”, não se restringindo aos Estados, mas incluindo cidadãos individualmente, setor privado e, de maneira inovadora, as Organizações Não-Governamentais Ambientais (art. 2º, 5.).

Não possível olvidar-se da “Convenção Europeia sobre Responsabilidade Civil por Danos resultantes de Atividades Prejudiciais ao Meio Ambiente”, conhecida como a “Convenção de Lugano”, datada de 1993 e “considerada a primeira convenção internacional cujo objeto é a responsabilidade internacional por atividades perigosas ao meio ambiente” (SOARES, 2001 *apud* TOLEDO *et al*, 2016, p. 40).

Cite-se, também, que os acidentes com barragens de rejeito da mineração comumente desencadeiam danos significativos aos cursos de água para onde são direcionados os rejeitos. Dessarte, tal temática apresenta um imbricamento natural com a proteção das bacias hidrográficas. Nessa perspectiva, imprescindíveis as “Regras de Helsinque” de 1966, particularmente seu art. 4º, e a “Convenção das Nações Unidas sobre a Utilização dos Cursos d’Água Internacionais para fins distintos da Navegação” de 1997, essa última por sistematizar o “princípio da utilização equitativa dos recursos internacionais” (TOLEDO *et al*, 2016, p. 37-39).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gênese do rompimento da “barragem de rejeitos do Fundão” advém de muito antes do fatídico dia 05 de novembro de 2015. Esse somente foi uma seqüela de inúmeras fragilidades presentes na legislação brasileira, assim como da inércia dos órgãos fiscalizadores, as quais são ignoradas pelo governo como forma de manutenção do suposto desenvolvimento econômico advindo da atividade de mineração, especialmente para municípios que somente apresentam essa como fonte de renda dos seus habitantes, como o de Mariana.

Na busca por otimização dos seus lucros, os grandes empreendimentos aproveitam-se dessas lacunas, em razão de serem um caminho legal existente no ordenamento jurídico nacional. O “fenômeno da fragmentação” soergue-se como um entrave na promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, porquanto pretere os impactos cumulativos e sinérgicos, consequentemente a prevenção esvai-se em uma mera diretiva formal. À vista disso, ao invés de haver um fortalecimento do EIA, com escopo em impedir novas tragédias dessa magnitude, em vista de ser um “instrumento de gestão pró-ativa (*sic*) dos riscos” (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 337), esse torna-se um mero instrumento *pro forma* no percurso para se alcançar uma licença ambiental.

Se os otimistas julgaram que o “Desastre do Rio Doce”, apesar de sua devastação, acarretaria mudanças substanciais na implementação de políticas preventivas, enganaram-

se. Mesmo após o ocorrido, senadores propuseram projetos de lei norteados pela concepção do EIA como um estorvo ao desenvolvimento econômico, elaborando alternativas mais céleres. Inexoravelmente, a preservação do meio ambiente deve prevalecer no cenário nacional, não apenas no plano formal. O sacrifício de alguns de seus elementos, norteado pelo interesse nacional, somente é cabível, quando todas as possíveis consequências, incluindo as irreversíveis, tenham sido minuciosamente delimitadas em estudos técnicos, além de amplamente divulgadas aos afetados, almejando-se o sopesamento dos pleitos desses.

Mediante o risco inerente que as barragens de rejeitos de mineração carregam consigo, dever-se-ia adotar a obrigatoriedade de seguros ambientais para esses empreendimentos. A mera garantia de uma responsabilidade civil objetiva àqueles, conforme previsto na legislação nacional, sem haver asseguração dos riscos ambientais, comporta-se como um contrassenso lógico, agravando a vulnerabilidade de possíveis atingidos, como tem ocorrido com os habitantes de Bento Rodrigues. Sequer necessário recorrer-se a legislações alienígenas, em razão da existência de soluções nacionais presentes na regulação de atividades nucleares e petrolíferas.

Ao recorrer-se às normas internacionais na investida de iluminar esse quadro nebuloso, infere-se que acidentes com barragens de mineração somente podem ser evitados pela implementação de políticas que concedam efetividade ao princípio da prevenção. A prevenção não deve ser concebida de maneira estática, mas sim submetida a constantes atualizações e reavaliações, influenciando novas políticas ambientais, ações dos empreendedores, Administração Pública, legisladores e o próprio Judiciário. (MACHADO, 2014, p. 120). Da mesma forma, deve ser compreendida como uma “proposição lógica e elementar para o aprimoramento da teoria do desenvolvimento sustentável”, não um fim abstrato, mas direcionado para garantir qualidade de vida às presentes e futuras gerações (NASSER; REI, 2006, p. 56-57). Como corolário desse, destaca-se a gestão ecologicamente racional dos rejeitos, afinal esses não serão degradados com o decorrer do tempo, mas permanecerão nos ecossistemas de maneira perene.

Urge-se que a população brasileira supere sua zona de conforto, reivindicando o controle democrático que legitima a postura complacente dos seus parlamentares em marginalizar a preservação do meio ambiente, assim como dos funcionários públicos existentes nos órgãos fiscalizatórios. Tragédias como a ocorrida no Rio Doce somente não se repetirão caso se assimile, nas instituições nacionais, a primazia da prevenção e garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE CORREIA, Mary Lúcia. **Licenciamento ambiental no Brasil e a realização da Justiça Ambiental**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017.

BASEL CONVENTION: **On the control of transboundary movements of hazardous wastes and their disposal, 1989**. Disponível em: <http://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-e.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BOWKER ASSOCIATES. **Samarco Dam Failure Largest by Far in Recorded History**, 2015. Disponível em: <https://lindsaynewlandbowker.wordpress.com/2015/12/12/samarco-dam-failure-largest-by-far-in-recorded-history/>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 227, de 28 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227compilado.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº. 140, de 8 de dezembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 9 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº. 6.453, de 17 de outubro de 1977. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 out. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6453.htm. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.966, de 28 de abril de 2000. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 abril 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9966.htm. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº. 12.305, de 2 de agosto de 2010. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 ago. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 9 jul. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONAMA- Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº. 237, de 19 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 dez. 1997. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 01 abril 2018.

CUNHA, Belinda Pereira da. **Ensaaios Interdisciplinares: O rompimento de bagagem de rejeitos sobre a bacia do Rio Doce e o desastre Mariana**. 1ed. Campina Grande: AREPB, 2018.

ENGELS, John. **TAILINGS RELATED ACCIDENTS - FAILURES, BREACHES AND MUDFLOWS**, 2006. Disponível em: <http://www.tailings.info/knowledge/accidents.htm>. Acesso em: 09 jun. 2018.

ICJ – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Corfu Channel Case (merits)**, 1949. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2018.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22 ed., ver., amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

McCALLUM, Sandra K. Environmental Impact Assessment: a Comparative Analyses of the Federal Response in Canada and the United States. **Alberta Law Review**, v. 13, n. 3, 1975.

NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando Cardozo Fernandes. (Orgs.). **Direito internacional do meio ambiente: ensaios em homenagem ao professor Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2006.

OECD- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Decision-Recommendation of the Council on the Reduction of Transfrontier Movements of Wastes**, 1991. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/60/60.en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2018.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO**, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

POLIDO, Walter. **Barragens: quais os riscos garantidos pelos seguros contratados?** Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Colunistas/Walter-Polido/Barragens-quais-os-riscos-garantidos-pelos-seguros-contratados.html>. Acesso em 01 maio 2018.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. 2 ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SENADO FEDERAL. **Parecer nº. 1133 de 2015**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3735588>. Acesso em: 11 jun. 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº. 168/2018**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715621&disposition=inline>. Acesso em: 11 jun. 2018.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano ambiental e sua reparação**. Curitiba: Juruá, 2007.

TCU – Tribunal de Contas da União. **Segurança de barragens de rejeitos de mineração**. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/seguranca-de-barragens-de-rejeitos-de-mineracao.htm>. Acesso em: 01 abr. de 2018.

TOLEDO, André de Paiva; RIBEIRO, José Cláudio Junqueira; THOMÉ, Romeu (organizadores). **Acidentes com Barragens de Rejeitos da Mineração e o Princípio da Prevenção: De Trento (Itália) a Mariana (Brasil)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

UN – UNITED NATIONS. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment**. 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>. Acesso em 09 jun. 2018.

UN – UNITED NATIONS. **CONVENTION ON ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN A TRANSBOUNDARY CONTEXT**, 1991. Disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/cia/documents/legaltexts/Espoo_Convention_authentic_ENG.pdf. Acesso em: 10 jun. 2018.

UNECE - United Nations Economic Commission for Europe. **CONVENTION ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION IN DECISION-MAKING AND ACCESS TO JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS**, 1998. Disponível em: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018

ZONTA, Márcio; TROCATE, Charles. **Antes fosse mais leve a carga**: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton. Marabá: Editorial Iguana, 2016.

JURIDIFICAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: REPENSANDO A SOBERANIA POPULAR E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

DANIEL DOS SANTOS RODRIGUES¹

RESUMO

O artigo objetiva rediscutir os conceitos tradicionais de soberania popular e de separação dos poderes através de um olhar alternativo sobre a judicialização da política. Na primeira parte, avalia-se a dificuldade de se adotar uma postura jurisdicional puramente técnica, em vista da inseparabilidade entre direito e política e do caráter paradoxal da democracia. Na segunda parte, contesta-se a concepção usual de separação dos poderes que reserva a política somente aos poderes legislativo e executivo e admite-se, a partir das teorias dos diálogos institucionais, que o judiciário não possui a “última palavra” na interpretação jurídica. Em vista disso, faz-se fundamental uma maior proteção da atividade político-democrática, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Conclui-se que, para sua maior legitimidade, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e admitir (e não negar) sua atuação política.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da política. Democracia. Separação dos Poderes. Soberania. Diálogos Institucionais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo rediscutir os modelos tradicionais de soberania popular e de separação dos poderes por meio de um olhar não usual sobre o fenômeno atual da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) ou, o reverso da mesma moeda, do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político).

As análises comumente feitas acerca do assunto, tanto à esquerda quanto à direita, acabam por se valer de pressupostos datados e/ou ingênuos, ora ignorando a história do ideal do Estado democrático-liberal forjado no século XVIII, que não se resumia ao seu aspecto puramente jurídico-técnico e que reconhecia a soberania quando o povo se movimentava sem qualquer concessão do Estado ou do Direito, ora ignorando ou negando a impossibilidade de o direito contemporâneo validar, definitivamente, algum critério de “verdade” ou de “segurança jurídica”, o que não passa de uma ingenuidade racionalista jurídico dos primórdios do Iluminismo.

¹ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 6ª Promotoria de Justiça, Itaiutaba-MG. Membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público-CNMP, Brasília, DF. E-mail: danielsrodrigues@live.com

Por tais motivos, o presente artigo, desvelando a tentativa frequente de esvaziamento da democracia no sentido de se permitir que ela só se realize por meio de uma outorga por parte do Direito (a juridificação da política), tem como objetivo demonstrar que, para um melhor funcionamento do próprio sistema democrático, há que se aceitar e regular (e não negar ou impedir) a atividade política do Poder Judiciário.

Para o encaminhamento dessa discussão, dividimos o texto em duas partes. Na primeira, avaliar-se-á, a partir do caso da Operação Lava Jato (e tendo como mote artigo de Margarida Maria Lacombe Camargo e José Ribas Vieira acerca da teoria e da prática do magistrado Sergio Moro), a dificuldade de se adotar uma postura jurisdicional puramente técnica em vista da inexorabilidade da política e do caráter paradoxal da democracia.

Faremos tal percurso procurando demonstrar, em um primeiro momento, como a política - isto é, a dicotomia ‘amigo-inimigo’, antítese segundo a qual todos os agrupamentos humanos se arranjam por meios de atos de exclusão e identidade - é inescapável e que, por tal razão, nunca poderá ser anulada pela ciência ou pela técnica jurídicas. Após, salientaremos que a democracia, por possuir como marca a contestação permanentemente de qualquer certeza, extrai sua força justamente da própria impossibilidade de reconciliação última entre os princípios liberais (liberdade) e democráticos (igualdade), impedindo seu fechamento ou a sua dissolução por completo. Por tais motivos, concluiremos que a insistência de boa parte dos atores jurisdicionais atuais em tentar separar de forma estanque direito e política, ao invés de proteger a democracia, acaba por enfraquecê-la, pois, ao ignorar os dissensos, promovem a politização excessiva da vida social e a retroalimentação violenta dos conflitos latentes na sociedade.

Na segunda parte, considerando a impossibilidade da separação total entre direito e política, aprofundaremos o debate em torno da judicialização da política (ou do ativismo judicial).

Será visto como a questão acerca da judicialização da política (ou do ativismo judicial) no Brasil é mal formulada, uma vez que ignora que o principal problema de nossa atividade jurisdicional está em outro lugar: na assunção de uma forma de separação dos poderes que reserva a política somente ao poder legislativo (e também ao executivo, se considerarmos um sistema presidencialista). Tal fato faz com que o Poder Judiciário seja infenso ao controle democrático e atue dentro de “zonas de autarquia”, nas quais decisões são tomadas sem justificação ou fundamentação suficiente e de forma arbitrária. Daí que se faz importante a adoção de um novo modelo de racionalidade jurídica, qual seja, um que admita e internalize a impossibilidade de o direito contemporâneo validar, definitivamente, algum critério de “verdade” ou de “segurança jurídica”.

Em seguida, demonstraremos que, para a construção deste novo modelo de racionalidade jurídica, há que se compreender que os consensos (sempre provisórios) são produzidos por meio de articulações hegemônicas de poder, que conflitam e se impõem a diferentes posições de influência e mobilização. Deste modo, revela-se primordial a

proteção não do direito pura e simplesmente, mas da atividade político-democrática (a possibilidade de construção de diferentes posições hegemônicas), pois é esta (não a Constituição ou o Poder Judiciário) que, em última instância, protege os direitos.

Ato contínuo, agora com a valia das recentes teorias dos ‘diálogos institucionais’, bem como com uma releitura do pensamento montesquiano, contestaremos os pressupostos tradicionais acerca da soberania popular e da separação dos poderes. Demonstrando que a interpretação constitucional e legal nunca tem fim, pois ocorre em ciclos que se reiniciam indefinidamente, por meio de diálogos com os demais poderes e com a sociedade até a formação de consensos político-jurídicos, faz-se premente a necessidade de democratização da atividade jurisdicional, uma vez que esta, de fato, nunca possuiu (e nem teria como possuir) a última palavra sobre a interpretação constitucional.

Por fim, concluir-se-á pela necessidade reconstrução/reformulação de nosso sistema político-partidário-eleitoral e de nossas principais instituições democráticas, encargo mais das forças políticas da própria sociedade do que dos representantes institucionais.

2 DO MORALISMO AO POPULISMO JURÍDICO-MIDIÁTICO

A análise de um importante fato da história recente do Brasil - a chamada Operação Lava Jato – mostra-se particularmente útil para exemplificarmos as dificuldades de insistirmos em uma atividade jurisdicional puramente técnica, na qual o juiz não seria nada além do que a “boca da lei” e estaria impedido de atuar politicamente.

Começamos tal análise tendo como mote o artigo escrito por Margarida Maria Lacombe Camargo e José Ribas Vieira (2016) intitulado *A estratégia institucional do juiz Sergio Moro descrita por ele mesmo*, o qual faz interessante análise da judicialização da política a partir de uma leitura da Operação Lava Jato, leitura esta feita por meio do cotejo entre as ideias acadêmicas e a atuação profissional de Moro.

Em termos gerais, Camargo e Vieira destacam, a partir da leitura de duas obras do juiz federal Sergio Moro - o livro de 1998 *Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei* e o artigo de 2004 *Considerações sobre a Operação Mani Pulite (mãos limpas)* -, o ativismo do magistrado em vista de sua defesa de uma certa superioridade moral do Poder Judiciário. Segundo os autores, referindo-se à concepção de democracia homogênea de Carl Schmitt, o Poder Judiciário, encarnado na figura de Sergio Moro, estaria buscando (consciente ou inconscientemente) a aclamação popular, prescindindo de qualquer elemento eletivo e promovendo um estado de exceção, no qual os súditos (o povo brasileiro) aclamaria o soberano – isto é, o próprio magistrado, por meio de uma perfeita identificação dos primeiros com o último. Ao cabo, tal protagonismo judicial, conforme os autores, representaria o deslocamento da libido social do Executivo para o Poder Judiciário.

Tal texto nos fornece valiosos *insights* com o sentido de aprofundar o debate acerca do ativismo judicial e da crescente moralização do Direito, por meio de um enfrentamento mais incisivo do que de fato entendemos por política, democracia e soberania. Em suma, considerando a plausibilidade dos argumentos de Camargo e Vieira, é possível divisar no pensamento e na conduta de Sergio Moro uma contradição insolúvel entre a defesa de uma proeminência do Poder Judiciário, baseado numa concepção liberal do Estado de Direito inspirada em Dworkin, com um ativismo político de matiz supostamente schmittiano, buscando refundar o Direito a partir da criação e posterior resolução do estado de exceção. Como resolver esse impasse?

Analisando a obra de Moro de 1998, Camargo e Vieira argumentam que o magistrado, nesta época, já defendia certa superioridade do Poder Judiciário frente aos demais poderes com relação à interpretação das normas constitucionais, as quais deveriam ser submetidas a severo exame por parte dos juízes. No texto de 2004 do magistrado, vemos a continuação da defesa de um protagonismo judicial, mas agora “[...] sob um viés mais corporativo e com poder de articulação política” (CARMARGO; VIEIRA, 2016).

O texto de 2004 é uma espécie de roteiro fiel do que viria a ser a Operação Lava Jato. No artigo Moro (2004, p. 59-61) sustenta o uso das delações premiadas por ocasião das prisões preventivas (fundamentadas em razões concretas, ressalta) e o vazamento de informações para se desgastar o poder político, arrebatando a “opinião pública” para a defesa “democrática” das investigações.

Lendo o que escrevera o magistrado em 2004, fica claro que sua decisão de tornar públicos os áudios do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva com a ex-presidente Dilma Rousseff, por exemplo, não foi um ato jurídico puro e simples, mas um calculado ato político (BARROS, 2018), justamente com a intenção de constranger os demais poderes e as cortes superiores (talvez não apenas elas). Moro estava certo em desconfiar dessas cortes (em um país definido por sua brutal desigualdade social, “foro privilegiado” e nomeações políticas para tais Tribunais é uma fórmula perfeita para a manutenção das estruturas viciadas do poder), no entanto se equivoca ao achar que o arbítrio pré-liberal de nossa toga poderia ser substituído pela “iluminação” de um direito supostamente liberal-formal-racionalista-imparcial que, ao cabo, acentua os conflitos por negar a própria essência da política democrática. Vejamos.

Tal equívoco já de início se revela quando percebemos que os mesmos erros cometidos na Mani Pulite parecem se repetir na Lava Jato, uma vez que Moro trata quase como sinônimos categorias complexas e sabidamente problemáticas como ‘povo’ e ‘opinião pública’².

Muito embora se ensaie uma ressalva (“a ação judicial não pode substituir a democracia” (MORO, 2004, P. 61)), vemos aqui, então, - e este é o ponto fulcral da presente investigação - sérios equívocos acerca da própria concepção do ‘político’ e do ‘ideal democrático’, questões que só podem ser devidamente compreendidas se

² É comum no Brasil se achar que a “opinião publicada” é opinião pública.

retomarmos os ideais metafísicos do Iluminismo e do nascimento do direito moderno.

A ciência moderna nasce com o nominalismo de Ockham, o que abriu caminho para o método cartesiano e para a filosofia política de Maquiavel e de Hobbes, fundando não apenas o liberalismo político, mas o positivismo jurídico e a própria ideia de política como ciência e como técnica (RODRIGUES, 2014, p. 39-60).

É o próprio Schmitt que nos elucida esse aspecto dominante desde então da ciência política moderna, ao constatar a aversão à política por parte de muitos liberais. Conforme Schmitt, o pensamento liberal não possuiria uma verdadeira teoria política, mas somente uma crítica à política, uma vez que tenderia a negar a verdadeira essência do político, qual seja, a inexorável dicotomia ‘amigo-inimigo’, antítese segundo a qual todos os agrupamentos humanos se arranjam por meios de atos de exclusão e identidade e que também representa o mais extremo grau de intensidade de uma união ou uma separação antes da guerra (2007, pos. 870-976).

Para Schmitt, a aludida negação do político advém do individualismo, o qual tem como inclinação desconfiar de toda e qualquer instituição que restrinja a liberdade individual. Segundo Schmitt, essa desconfiança se transformava em pavor diante da possibilidade de dominação da burguesia pela massa inculta, isto é, o medo da própria democracia (1986, p. 13; 1996, p. 20-1)³.

No entanto, ao final, o pretenso decisionismo de Schmitt não foi capaz de resolver a relação instável entre liberalismo e democracia e com os dilemas da secularização, de maneira que seu pensamento sacrificou o primeiro (liberalismo) em nome da segunda (democracia), nos termos homogêneos e substantivos que defendia: só haveria democracia quando o povo, como um grupo homogêneo e substantivo, se identifica perfeitamente com o soberano.

Facilmente se vê que essa solução schmittiana, muito embora apresente um correto entendimento do político, falha em compreender o fenômeno democrático moderno, porquanto elimina quase que por completo o pluralismo e o papel emancipatório do sujeito de direito liberal, aproximando a democracia de uma ditadura.

A chave para a solução de tal impasse é fornecida pela concepção de ‘política agonística’ ou de ‘democracia radical’ da filósofa política belga e professora da Universidade de Westminster Chantal Mouffe. De matiz marxista, Mouffe acertadamente vem a termo com o pluralismo e com as instituições liberal-democráticas, negando o determinismo do materialismo histórico-científico marxista e afirmando que a maior marca da modernidade é a democracia, mormente sua capacidade de dissolver certezas e de nos permitir visualizar que o social é sempre indecível e contingente.

Seguindo em parte o conceito do político formulado por Schmitt, Mouffe procura demonstrar que o conflito, ao contrário do consenso, é tanto central como fundamental no contexto das democracias modernas e não pode nunca ser eliminado.

³ Registre-se que a constante das resistências diversas à democracia sempre foi o argumento de que o povo, ignorante, não sabe decidir por si mesmo, concepção típica do liberalismo dos séculos XVIII-XIX (BERCOVICI, 2013; HOBBSAWM, 2002, p. 128; LYNCH, 2014, p. 21-40).

No entanto, sua visão da distinção ‘amigo-inimigo’ schmittiana é atenuada e traduzida por uma antítese entre adversários (e não inimigos) políticos, os quais devem se respeitar, pois o Outro (o adversário) é fundamental para a construção da identidade do próprio Eu (o aliado) e para a manutenção da possibilidade de construção de novos consensos, novas identidades e novas universalidades – se o adversário é eliminado, não há possibilidade de democracia. O fio condutor de sua tese é demonstrar que a insistência liberal na necessidade de consensos a todo custo mascara e torna invisíveis os conflitos reais existentes no seio das sociedades e, por consequência, não distingue posições políticas. O resultado dessa indistinção é a morte da política democrática, o que pode semear a demagogia e o populismo, hábeis em manipularem identidades fundamentalistas de todos os tipos (MOUFFE, 1996, p. 11-7).

Daí que vai explicar Mouffe (1996, p. 22-4) que é a democracia a marca das sociedades modernas, uma vez que o princípio democrático inaugura, a partir da emancipação do indivíduo, uma contestação permanente e irreversível do poder, da lei e do conhecimento, tornando o social sempre indecível e promovendo a dissolução contínua de certezas⁴. Exatamente por tal motivo sua natureza é intrinsecamente paradoxal, extraindo sua força na própria impossibilidade de reconciliação última entre os princípios liberais (liberdade) e democráticos (igualdade). Conforme escreve Mouffe, a política liberal-democrática só pode ser visualizada de fato como um paradoxo, pois tanto a liberdade quanto a igualdade perfeitas são irrealizáveis e impossíveis⁵; visualizá-la como um paradoxo impede de fechá-la ou dissolvê-la por completo, sendo tal circunstância a própria condição de possibilidade “[...] for a pluralist form of human coexistence in which rights can exist *and* be exercised, in which freedom and equality can somehow manage to coexist” (2009, p. 10-11)⁶.

A total incompreensão atual desta relação dinâmica, instável e positiva entre liberalismo (Estado de Direito, direitos humanos e separação dos poderes) e democracia (soberania popular e igualdade) é dominante nos nossos círculos jurídicos, sejam no Brasil ou no exterior, uma vez que há uma redução da democracia à constituição dos próprios direitos, transformando toda em qualquer reivindicação democrática em uma mera concessão do aparato jurídico (juridificação da política), o que contraria a própria ideia do Estado democrático-liberal forjado no século XVIII por Hobbes, Rousseau, Sieyès, Locke e Kant (MAUS, 2010, p. 133-52), e que não se resumia ao seu aspecto puramente jurídico-técnico, como supunha Schmitt. E isto porque a soberania só existe quando existem “âmbitos isentos do Direito”, nos quais o povo se movimenta sem

⁴ Importante aqui destacarmos a importância da ‘incerteza’ para a democracia, como registra também Shapiro (2006, p. 274).

⁵ Esse paradoxo é análogo à “terceira antinomia das idéias transcendentais” de Kant (1989, p. 406-7).

⁶ “[...] para uma forma pluralista de existência humana na qual os direitos podem existir e serem exercidos, na qual liberdade e igualdade podem de algum modo coexistir” (tradução nossa). Interessante acrescentar que Mouffe (2009, p. 10) descreve que a relação entre os valores liberais e democráticos não é de ‘negociação’, mas de ‘contaminação’, no sentido de que uma vez efetuada a articulação entre esses dois valores, mesmo que de forma precária, cada um deles acaba por mudar a identidade do outro.

qualquer concessão do Estado, o que garante a própria modificação e o aperfeiçoamento democráticos das leis (MAUS, 2010, p. 140).

O desvio desse caminho do pensamento político liberal de suas origens talvez deite razão nos vários usos classistas do liberalismo e do paradigma científico (MATTEUCCI, 2004, p. 699-700; SOUZA, 2015, p. 90), os quais ainda não ensejaram a eliminação por completo do racionalismo pretensamente infalível dos primórdios do Iluminismo (LATOUR, 1994; SHAPIRO, 2006, p. 266-8). Daí ambiguidade de muitos dos juristas liberais atuais, ora se vinculando a um positivismo deformado ora a um truísmo de um direito natural que não poderíamos dizer nem pré nem moderno.

Por tal razão é que podemos visualizar facilmente hoje a disseminação de um sentimento explícito de ódio à política, quando sem dificuldade são confundidos, como visto acima, conceitos como os de ‘democracia’ e ‘opinião pública’, ‘político’ e ‘partidarismo’, nem tanto pela falta de política, mas pela politização excessiva da vida social, levada a cabo pela negação do dissenso, o que, ao invés de resolvê-los, faz com que surjam cada vez mais violentos, o que é terreno fértil para os demagogos. Daí que o judiciário, na tentativa de ser um aparato técnico impessoal de sublimação do conflito através de fórmulas racionalistas, acaba por funcionar não para proteger a higidez do Estado, o equilíbrio dos poderes e a produção espontânea da política por cidadãos livres, mas justamente para o contrário, exercendo um jogo de deslegitimação democrática contínuo e temerário. Em suma, negar o político não ajuda a autonomia do direito; ao revés, tal negação, ao ignorar as relações positivas e necessárias entre direito e política, acaba por implodir a capacidade do jurídico de encontrar decisões minimamente consensuais e legítimas, já que a busca pela ‘imparcialidade’ se revela sempre um trabalho penoso e inútil.

Não é segredo que o ativismo judicial independe do matiz ideológico, assim como o apelo a categorias metafísicas e suprapositivas para a eliminação da conflituosidade social. Porém a Constituição de 1988, apesar de ser em muitos aspectos uma colcha de retalhos, permitiu (ao menos por algum tempo) a produção de consenso mínimos, em bases democráticas, liberais e sociais, com relação a aspectos essenciais da fundação do país.

Daí que a Constituição de 1988 permitiu que muitos juízes pudessem ser Moro (ao menos no que tange ao fim de se fazer valer os direitos e objetivos fundamentais constitucionais, não com relação a alguns dos questionáveis métodos que empregou para tal desiderato) e não o foram, e é curioso notar que muitos dos magistrados que hoje celebram o juiz de Curitiba são, em razoável escala, os mesmos que desde sempre vêm negando eficácia aos direitos fundamentais, apelando, por exemplo, para o uso de fórmulas genéricas como “reserva do possível”, “discrecionabilidade administrativa”, “separação dos poderes”, sem a devida análise concreta dos casos em tela e mesmo contrariando descrições normativas detalhadas acerca de políticas públicas diversas relacionadas aos direitos sociais (GOUVÊA, 2003; RODRIGUES, 2008). Em suma, aqui

a ambiguidade também se revela no casuísmo falsamente apolítico de certos ativismos.

Então não é por acaso que as promessas não cumpridas da Constituição deságuam facilmente em frustração, recalque e, por fim, em demagogia. É nesse momento que as consequências são confundidas com suas causas, abrindo espaço para o questionamento leviano do próprio texto constitucional, tantas vezes vilipendiado e distorcido e agora, moribundo, fortemente acusado de ser o seu próprio algoz.

A atual moralização do Direito, promovida por Sergio Moro e por tantos outros juízes, promotores, procuradores, advogados e profissionais do Direito se faz como resultado de todos esses equívocos, alguns profundamente conscientes de tais paradigmas, muitos outros tais como Eichmann, o burocrata alemão símbolo da banalidade do mal do regime nazista.

Exatamente por isso é que o texto de Ingerbor Maus, citado por Lacombe Camargo e Ribas Vieira, faz-se conclusivo e lapidar. Discorrendo sobre o apoio incondicional dos magistrados alemães ao novel regime nazista em 1933, Maus faz um relato sintomático e surpreendentemente atual sobre o quão fácil a independência funcional, a moralização do direito e uma pretensa “vinculação estrita à lei” (própria das superadas escolas exegéticas, utilizadas como disfarce e fetiche para o corporativismo) podem se degenerar no mais rasteiro antipositivismo, tudo, é claro, em nome dos bons costumes e do combate à corrupção:

As reivindicações dirigidas ao Judiciário no sistema nazista conectam-se imediatamente ao autoentendimento que a justiça desenvolveu antes de 1933. A própria acumulação, no direito nazista, de fórmulas ligadas à comunidade e ao bem-estar comum que permitem, conforme a necessidade, desconsiderar dispositivos jurídicos individuais em prol de finalidades comunitárias “superiores” já é a expressão da ideologia de que o povo alemão formaria, no nacional-socialismo, uma nação em que as antigas clivagens sociais e os antigos conflitos entre grupos estariam abolidos. Foi também nesse sentido que se expressou uma autêntica autoconsciência da justiça alemã quando, já em 19 de março de 1933, em uma declaração da direção da Associação dos Juízes alemães, que depositava “total confiança” em Hitler, formulou-se:

“O juiz alemão sempre foi nacionalista e consciente de sua responsabilidade (...) ele julgou apenas segundo a lei e (!) a consciência (!). (...) Possa a grande obra da construção do Estado dar logo ao povo alemão o sentimento de pertença incondicional”. (MAUS, 2010, p. 32)

Assim, nesta quadra história, fica claro que um decisionismo judiciário proto-populista também não nos salva⁷. Nada indica que o país saia melhor do que entrou após esta tempestade perfeita. Tudo vai depender de como os atores que hoje formam essa nova identidade/representação nacional, como os soberanos que decidem sobre o caso de exceção, vão agir daqui por diante. Se constituírem essa nova identidade também considerando aquilo que hoje excluem (o ‘outro constitutivo’ de Derrida), podemos ter um Estado que consiga equilibrar, apesar das intrínsecas tensões, as tradições liberais e democráticas.

3 A NECESSIDADE DE SE *DESJURIDIFICAR* (RELATIVAMENTE) A DEMOCRACIA (OU DE QUEM É A SOBERANIA?)

Como exposto acima, o impasse em torno de uma possível separação entre direito e política tem como consequência inevitável a moralização de ambos, uma vez que o pensamento jurídico hegemônico atual insiste na fé ao racionalismo iluminista dos seus primórdios e em suas doutrinas do meliorismo (o mito do progresso sem fim da humanidade) e da infalibilidade da razão humana (DOUZINAS, 2010, p. 83; GRAY, 1995, p. 19; SHAPIRO, 2006, p. 266-8). Assim, bem se vê que tal dificuldade não pode ser resolvida com a expulsão da política do e pelo direito, tampouco com uma mistura dos dois de maneira insidiosa ou sem qualquer tipo de filtro ou controle. Para entendermos como resolver essa questão, há primeiro que apontarmos os equívocos do problema em torno da judicialização da política, tema bem construído pelo jurisfilósofo e professor da UNISINOS e pesquisador permanente do CEBRAP José Rodrigo Rodriguez.

Pois bem. Para Rodriguez (2013, p. 183), no fundo, a questão da judicialização da política só possui algum sentido quando pensamos como “[...] padrão uma teoria normativa da política que se apoia em uma concepção bastante particular da separação dos poderes”. Isto é, a judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) ou, o reverso da mesma moeda, o ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político), são dificuldades que se apresentam de maneira mais aguda em modelos político-normativos nos quais a forma de separação dos poderes reserva a política somente ao poder legislativo (e também ao executivo, se considerarmos um sistema presidencialista), cabendo ao judiciário apenas a tarefa de aplicação “técnica” da lei. Neste sentido, o desvelamento de tal doutrina político-normativa da separação dos poderes teria a função de demonstrar que uma outra doutrina poderia ser construída, na qual se permita ao judiciário fazer política⁸.

⁷ Apesar de que, ironicamente e no fundo, Schmitt não era um decisionista, assim como não demonstram ser os protagonistas da Operação Lava Jato. Cf. SCHMITT, 1998.

⁸ Segundo aponta Rodriguez (2013, p. 185), o sentido de *O espírito das leis* de Montesquieu nunca foi o de separar os “poderes” de forma estanque, mas sim de impedir a constituição de poderes absolutos, sobre os quais não fosse possível exercer qualquer controle. Lendo Montesquieu, no entanto, essa afirmação de Rodriguez é parcialmente correta, como se verá à frente.

Neste ponto, porém, avulta-se a necessidade de nos conformarmos com uma verdade simples e peremptória: a impossibilidade de o direito contemporâneo validar, definitivamente, algum critério de “verdade” ou de “segurança jurídica” (como o de sustentar a existência de apenas uma única decisão correta para o caso concreto). Daí que a tentativa de “[...] suprimir a instabilidade [jurídica], no mundo atual, não passa de uma ilusão bem intencionada ou com pretensões autoritárias” (RODRIGUEZ, 2013, p. 167).

Em razão desse panorama problemático, Rodriguez (2013, p. 150-64), apesar de ser mais descritivo do que propositivo em sua obra, esboça algumas saídas para uma reformulação do nosso sistema jurisdicional, basicamente refletindo sobre dois possíveis âmbitos de controle das decisões: 1) por meio de novos desenhos ou constrangimentos institucionais; 2) e por meio de um novo modelo de racionalidade jurídica, que deveria ser padronizado e adotado em vários níveis. Fixemo-nos, de início, no segundo âmbito, deixando o primeiro mais à frente.

Para Rodriguez a padronização do modelo de racionalidade jurídica, em todos os níveis possíveis - didático, operacional, seletivo, descritivo, normativo e legitimador -, teria a função, por evidente, de trazer segurança ao sistema jurídico. No entanto, admite o autor que tal empreendimento teria custos bem elevados, sem contar que sempre esbarraria na rivalidade com outros modelos de racionalidade (RODRIGUEZ, 2013, p. 163-4). Nada obstante, não há como descartar totalmente a proposta. Muito embora não possua uma maior compreensão de que é justamente a política democrática o elemento provocador da insegurança jurídica, a proposição, de alguma forma, tangencia a questão fulcral acerca da necessidade de certa estabilidade (mesmo que momentânea) do sistema. Daí a pergunta fundamental: como construir consensos provisórios e estabilidade em uma democracia plural sem se recorrer a expedientes autoritários?

Primordialmente, faz-se imprescindível lidarmos com a natureza paradoxal da democracia de outra forma: ao invés de a negarmos, melhor sabermos lidar com ela. Daí que o conceito de hegemonia de Mouffe e Ernesto Laclau (filósofo político argentino pós-marxista, morto em 2014), desenvolvido em 1985 na obra conjunta *Hegemony and Socialist Strategy – Towards a Radical Democratic Politics*, se faz útil aqui, pois nos fornece subsídios para compreender como, em um ambiente de ‘democracia radical’, o consenso (provisório, diga-se) só pode ser alcançado a partir de uma articulação hegemônica de poder, que conflita e se impõe a diferentes posições de influência e mobilização.

Em razão da indecidibilidade do social, Mouffe e Laclau lançam mão do conceito de hegemonia de Gramsci e de uma teoria do discurso (discursividade), as quais reconhecem que qualquer ordem política só pode existir por meio de uma articulação hegemônica discursiva, que estrutura diferentes posições de sujeito particulares em uma cadeia de equivalência para assim construir – rivalizando com diferentes posições antagônicas – uma universalidade. Nesses termos, portanto, considerando que uma universalidade política só se constitui dentro de uma sociedade por meio de disputas contra diferentes posições antagônicas, o político tem o *status* de ‘ontologia do social’. Assim, nas palavras de Mouffe e Laclau “[...] it is vital for democratic politics to acknowledge that any form

of consensus is the result of a hegemonic articulation, and that it always has an ‘outside’ that impedes its full realization” (2014, p. xviii)⁹.

Com efeito, parece ser impossível, nem mesmo desejável, impedir o judiciário de fazer política. Ora, sendo a imparcialidade uma quimera, e o é certamente, devemos que admitir o papel político do judiciário, que não pode ser visualizado como algo temerário.

Não que se permita com isso uma função semelhante ao da atuação política do Legislativo ou do Executivo, mas em uma medida que permita o controle social e submeta as decisões judiciais a maior escrutínio público¹⁰, visualizando-se também o juízo não apenas como uma arena de embate entre forças políticas externas que buscam posições de poder hegemônicas, mas também como um agente político legítimo.

Peguemos a democracia estadunidense como exemplo - apesar de ela não fugir, no geral, das dificuldades semelhantes que enfrentamos em torno da questão: a forma como enxergam a política nos tribunais é mais pragmática e menos moralista e ingênua do que a nossa. O jurista estadunidense e professor de Harvard Mark Tushnet (2010) faz um balanço interessante não só da importância política da Constituição dos EUA, mas também do funcionamento político da Suprema Corte e das abertas inclinações ideológicas de seus juizes, muitos dos quais exerceram carreira política no Legislativo e no Executivo, filiados aos partidos Republicano ou Democrata. A explicação que o autor fornece para essa relação mais aberta entre direito e política nos EUA é, basicamente, a desregulamentação ‘relativa’ do sistema político-partidário-eleitoral americano, que permitiu a movimentação política sem grandes amarras jurídicas e a criação de um sistema bipartidário (dentro de um modelo distrital) que descomplexifica a governabilidade, diferentemente da miríade de partidos no Brasil¹¹. Daí que os movimentos históricos de interpretação da Constituição americana vinculam-se muito mais à força política e liderança dos presidentes americanos e das ideias e regimes que defendem do que de movimentos autônomos da Suprema Corte (TUSHNET, 2010, p. 116-7).

Exatamente em vista disso é que o Tushnet vai escrever, corretamente, contrariando o senso comum dos constitucionalismos moderno e contemporâneo, que a Constituição não tem como objetivo imediato a proteção dos direitos fundamentais, mas sim a proteção da política, pois é esta quem protege, ao cabo, os direitos: “The Constitution matters because it provides a structure for our politics. It’s politics, not “the Constitution,” that is the ultimate – and sometimes the proximate – source for whatever protection we have for our fundamental rights” (TUSHNET, 2010, p. 1)¹².

⁹ “[...] é vital para a política democrática reconhecer que qualquer forma de consenso é o resultado de uma articulação hegemônica e que sempre existe uma ‘parte exterior’ que impede sua total realização” (tradução nossa).

¹⁰ Aqui se faz importante impedir as “zonas de autarquia”, os espaços nos quais as decisões judiciais são tomadas sem justificação suficiente e/ou de forma arbitrária (RODRIGUEZ, 2013, p. 171).

¹¹ Não se olvida aqui o problema da sub-representação (de minorias e de ideologias) como consequência de um modelo eleitoral distrital e das críticas existentes ao ‘duopólio’ exercido pelos Partidos Democrata e Republicano (SHAPIRO, 2006, p. 262-3).

¹² “A Constituição importa porque ela fornece a estrutura de nossa política. É a política, não “a Constituição”, que é a última - algumas vezes a imediata - fonte para qualquer proteção que nós temos para nossos direitos fundamentais” (tradução nossa).

Evidentemente uma Constituição pode insistir em um modelo de separação dos poderes na qual o fazer político fique restrito ao Poder Legislativo (e também ao Executivo). Maus (2010, p. 215-34), por exemplo, segue este entendimento, defendendo que, independentemente dos modelos clássicos de separação dos poderes que se escolha – o parlamentarista-democrático (de Locke, Kant e Rousseau, no qual a soberania é indivisível, sendo monopólio do povo, por meio do parlamento) ou o presidencialista (monárquico-constitucional, com origem em Montesquieu, na qual a soberania é dividida em termos funcionais tão somente entre Legislativo e Executivo, sendo este último uma espécie de “legislador negativo”, por meio do direito ao veto) –, a função legislativa, isto é, a soberania, nunca poderia ser exercida pelo Poder Judiciário. Mas há que se reconhecer as dificuldades de tal desenho após a desconstrução do racionalismo iluminista empreendida pela política democrática, com seu potencial de dissolver certezas, como vimos acima. Assim, a questão torna-se, então, encontrarmos alguma forma de ampliar a democratização do próprio poder judiciário (isto é, promover a eliminação ou a mitigação das “zonas de autarquia”) e/ou fortalecer o papel do parlamento (desjuridificando relativamente a democracia), já que contrariar o papel político no ato de se interpretar o direito demonstra ser um trabalho inútil e contraproducente.

Neste último aspecto cabe uma consideração importante. Muito embora o modelo de Montesquieu relegue ao poder judiciário a um papel funcional diferente (a sua célebre frase de que “[...] os juízes [...] são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei” (2000, p. 175) indica que não cabe ao judiciário criar o direito, mas tão somente aplicá-lo), Maus, por exemplo, parece se prender de maneira muito estrita e rigorosa no desenho montesquiano e fazer pouca conta para o fato de que o próprio Montesquieu previa uma série de moderações e controles sobre a jurisdição (fora a proibição de criar o direito), tais como o recrutamento sazonal de juízes do seio do povo, para se evitar o arbítrio pessoal de juízes de carreira. É certo que Montesquieu escreveu que “[t]ampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo”, pois “[s]e estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário [...]” (2000, p. 168), já que o juiz seria também legislador. No entanto, e mesmo por tais motivos, se em Montesquieu a soberania se divide entre o Legislativo e o Executivo, não há nada que impeça, em termos teóricos, que ela também seja dividida com o Judiciário – basta pensarmos em instrumentos e controles de moderação, sendo o principal, para se impedir o temor de termos em uma única figura o juiz e o legislador, a contestação da ideia de que o judiciário teria a “última palavra” acerca da interpretação constitucional, o que encerra também a contestação das ideias correntes acerca da supremacia da Constituição e, particularmente, do Judiciário como o guardião da Constituição.

De fato, nas atuais democracias não há como sustentar que algum poder teria a “última palavra”. A rigor, conforme as teorias dos ‘diálogos institucionais’¹³, a interpretação

¹³ Cf. tb. CLÈVE; LORENZETO, 2015; GODOY, 2017; MENDES, 2008; KOZICKI; ARAÚJO, 2015.

constitucional nunca tem fim, mas ocorre em ciclos que se reiniciam indefinidamente (GODOY, 2017; KOZICKI; ARAÚJO, 2015). Uma decisão judicial que desafia o legislativo, por exemplo, provoca a reação desse poder, o qual “responde” com novas propostas legislativas (seja rechaçando, concordando ou aprimorando a interpretação jurisdicional), “dialogando” com o judiciário, com os demais poderes e também com a sociedade. Este é o modelo dos movimentos pendulares do *judicial review*, ora fraco (*weak*) ora forte (*strong*) descrito por Tushnet (2008)¹⁴, a depender do grau de consenso político e social (movimento análogo à construção de hegemonias, como descrito por Laclau e Mouffe) e da complexidade em torno das prestações de um direito fundamental. As cortes exercem um modelo forte quando há um consenso político sobre as obrigações que envolvem os direitos e/ou quando essas mesmas obrigações demonstram um menor grau de complexidade para serem entregues. Quando faltam consensos políticos e/ou as obrigações e prestações dos direitos são deveras complexas, as cortes preferem exercer um controle fraco, sem entrar em rota de colisão com o legislativo ou o executivo, adiando ou evitando decisões peremptórias ou transferindo tais decisões para os demais poderes ou com esses compartilhando os ônus decisórios.

A ciência política empírica contemporânea (MENDES, 2008, p. 182-3) destaca que as cortes atuam politicamente todo o tempo, fazendo-o da seguinte forma: 1) ao testarem continuamente a reação dos demais poderes e da sociedade às suas decisões; 2) ao compreenderem a flexibilidade concreta da separação dos poderes; 3) ao verificarem a oscilação da legitimidade de cada participante dessa interação e a variação das correlações de força.

A título de exemplo, poderíamos lembrar dos debates públicos acerca dos temas da infidelidade partidária – cujas decisões por parte do STF (nos mandados de segurança ns. 26.602, 26.603 e 26.604 e nas ADIs ns. 3.999 e 4.086) seriam um *judicial review* forte, porquanto era um tema sem resistências políticas bem estabelecidas -, e da recepção constitucional ou não da Lei de Anistia, - sendo a posição da Suprema corte (na ADPF n. 153) um *judicial review* fraco, considerando o caráter altamente polêmico da questão, particularmente em vista da influência nunca olvidável de setores conservadores e das forças armadas (KOZICKI; ARAÚJO, 2015). Em outras palavras, para além da reticência do Supremo, ao não entrar “em bolas divididas”, o que esses exemplos revelam, apesar dos limites institucionais da Constituição de 1988, é a existência de um diálogo entre o judiciário e os demais os poderes e a sociedade no Brasil – um diálogo velado e palaciano, é verdade, ainda sujeito a uma maior análise e transparência, mas, sem dúvida alguma, existente¹⁵.

Mesmo aderindo em parte à ideia rawlsiana e dworkiana da importante função das cortes na discussão de questões de princípio (de legitimidade substantiva, portanto)

¹⁴ Há certo diálogo mesmo em modelos fortes de controle constitucionalidade, como os do Brasil e dos EUA, nos quais se teria uma “última palavra provisória” por parte das cortes constitucionais (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 126).

¹⁵ Algo parecido ocorre com a percepção acerca da prática do *lobby*.

(MENDES, 2008, p. 194-208), bem como à concepção de se visualizar a Constituição como um documento representativo do “povo perpétuo”, o qual deve estar a salvo das maiorias de ocasião (“povo atual”) (BURGOS; VIANNA, 2002, p. 362)¹⁶, o déficit democrático do Poder Judiciário no Brasil não nos permite dispensar uma profunda revisão de seus procedimentos decisórios. Em outros termos, mesmo que não se ignore que a legitimidade tenha adquirido um sentido ‘reflexivo’, passando a ser definida também “pela qualidade da sua expressão junto à sociedade” (SOMBRA, 2017, p. 240)¹⁷, não há como ignorar a necessidade de o Poder Judiciário ampliar sua legitimidade democrática nos sentidos de se aperfeiçoar o compartilhamento das consequências políticas de suas decisões com a sociedade (*agir com o outro*) e a capacidade de os indivíduos intervirem decisivamente na tomada de suas decisões (*capacidade de influência*) (SOMBRA, 2017, p. 238).

Daí que, neste ponto algumas coisas se revelam mais claras: 1) evidentemente, como sustentado ao final acima, devem existir constrangimentos e limites para o exercício político do judiciário, os quais necessitam ser de várias sortes: normativos (Constituição, leis), hermenêutico-rationais, político-institucionais, culturais etc. Não que esses limites sejam infalíveis (nada o é), mas devem ser minimamente compartilhados pela comunidade de intérpretes, a fim de se garantir a autonomia e a racionalidade do direito; 2) que a maior garantia de o judiciário se manter dentro desses limites é o funcionamento saudável e efetivo da própria democracia - que o próprio judiciário deve endossar e arbitrar - e na qual sejam permitidas a veiculação de demandas de formas vertical e horizontal, a construção de novas posições intersubjetivas e de novos direitos e a disputa não violenta entre forças políticas diversas, evitando-se o *lanfave* ou o uso frequente de todos os instrumentais jurídicos à disposição (ou seja, a necessidade de desjuridificarmos relativamente a democracia); na qual os atores políticos, em um ambiente democrático minimamente equânime, compreendam o papel da Constituição (qual seja, não o de proteger diretamente os direitos, mas sim a política), cobrando diuturnamente o respeito ao ordenamento jurídico (SANTOS, 2018, p. 42); 3) por fim, e não menos importante, a necessidade de novos desenhos e constrangimentos institucionais internos e externos ao Poder Judiciário (novos mecanismos de controle e participação democráticos nas decisões judiciais e nas estruturas de poder), permitindo-se que este possa fazer política, mas à luz de um vigoroso escrutínio e diálogo públicos.

Apesar de não ser o escopo do presente texto, podemos esboçar alguns caminhos para novos desenhos e constrangimentos institucionais ao Poder Judiciário, os quais devem aperfeiçoar os vários sentidos da legitimidade citados acima (*reflexividade, agir com o outro e capacidade de influência*): ampliação do colégio de eleitores (hoje formado apenas por desembargadores) para as eleições dos presidentes de tribunais de justiça dos estados e

¹⁶ Sem se olvidar das pertinentes críticas ao elitismo da tradição do constitucionalismo estadunidense, conforme apontado por Bercovici (2013). Cf. nota n. 4 supra.

¹⁷ Neste sentido reflexivo, Sombra (2017, p. 239) escreve sobre a importância crescente para o conceito contemporâneo de legitimidade democrática dos fatores de *accountability* e de responsividade.

para os tribunais regionais federais; alteração na forma de recrutamento dos juízes, com a valorização de disciplinas não jurídicas e da cultura da pesquisa científica e acadêmica; a conferência de maior peso à argumentação entre os atores processuais, particularmente prescrevendo a necessidade de os colegiados produzirem suas decisões através de um único voto vencedor, criando-se maior unidade jurisprudencial; novas regulamentações legais sobre prazos e ordens de julgamento nas cortes, a fim de evitar a manipulação das pautas, os atrasos propositais para a entrega de relatórios e votos, os pedidos de vista eternos etc. (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 117-9; RODRIGUEZ, 2013, p. 111, p. 152); aperfeiçoamento dos institutos de *amicus curiae* e de audiências públicas; quanto às audiências públicas: que elas possam ser requeridas ou convocadas também pelas partes e pela sociedade; que nelas seja exigida a participação de todos os juízes da respectiva corte julgadora; que seus critérios de inscrição para participação sejam transparentes e normativamente prescritos (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 119-120; SOMBRA, 2017); possibilidade da participação popular, por meio de conferências, na construção dos planejamentos estratégicos dos tribunais; ouvidorias externas; criação de novos e mais precisos indicadores de resultados, de qualidade e de satisfação dos cidadãos com relação aos serviços jurisdicionais.

Em uma palavra: é possível uma democracia funcionar razoavelmente bem sem a necessidade da atuação constante do judiciário e, particularmente, dos tribunais constitucionais, mas funcionar bem com um judiciário ou uma corte constitucional ignorando a política democrática é absolutamente impossível¹⁸.

Este último aspecto é nevrálgico e nos remete, obviamente, à necessidade da reconstrução/reformulação de nosso sistema político-partidário-eleitoral e de nossas principais instituições democráticas, encargo mais da própria sociedade e de suas forças políticas do que de seus representantes institucionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como principal objetivo repensar os modelos usuais e hegemônicos de soberania popular e de separação dos poderes, isto mediante um olhar diferente sobre o fenômeno dual judicialização da política/ativismo judicial.

Para isso, procurou-se ressaltar, principalmente, a impossibilidade de se separar de forma estanque direito e política e como a tentativa do primeiro de controlar ou extirpar a segunda tem como consequências a moralização de ambos (como viu-se na Operação Lava Jato) e o ataque ao positivismo jurídico, tudo com suporte na fé ao racionalismo dos primórdios do Iluminismo.

Em seguida, percebeu-se que os consensos nas esferas do direito e da política, as quais se entrelaçam continuamente e dependem de construções de subjetividades e

¹⁸ Aliás, parece que, até o presente momento, ainda não foram encontradas evidências empíricas suficientes confirmando a tese (hoje hegemônica) de que o grau de respeito aos direitos e liberdades individuais seria maior em democracias com tribunais constitucionais (SANTOS, 2018, p. 28-30; SHAPIRO, 2006, p. 282-4).

de posições hegemônicas, são sempre provisórios e necessitam da abertura à oposição que os contesta. Daí que a aceitação (e não a negação) de tais paradoxos e do caráter inerentemente político da construção de consensos, mesmo os jurídicos, poderia permitir à atividade jurisdicional uma atuação mais legítima socialmente. Em outras palavras, a ideia de tradicional de separação dos poderes – a política reservada apenas aos poderes executivo e legislativo e o jurídico-técnico somente ao poder judiciário – não demonstra fazer mais sentido nesta quadra histórica.

Fundamentando tal tese, viu-se que a democracia-liberal extrai sua força e vitalidade rigorosamente da impossibilidade de reconciliação final entre os valores liberais (liberdade) e democráticos (igualdade), uma vez que é impossível aos dois, e ao mesmo tempo, realizarem-se por completo.

Refletiu-se como o debate em torno dos fenômenos da judicialização da política ou do ativismo judicial são mal formulados, pois caem no equívoco ingênuo de achar que o ato de interpretação judicial é um ato puramente técnico. Sendo impossível a qualquer modelo de racionalidade a validação definitiva de algum critério de “verdade” ou de “segurança jurídica” e se política e direito são indissociáveis, cai por terra a separação montesquiana entre juiz e legislador.

Diante de tal quadro, então, fez-se importante compreender como os consensos são produzidos, para se então conseguir um mínimo de estabilidade do sistema. Viu-se que são as articulações hegemônicas de poder, com a construção de novas posições de sujeito, que produzem consensos e estabilizam (por determinado e finito período) os ordenamentos sociais. Daí que, mais importante que respeitar o direito em um sentido eminentemente técnico, é respeitá-lo em um sentido político, isto é, o apreço às regras do fazer político é muito mais fundamental para a construção de consensos e para a proteção dos direitos do que a adjudicação direta desses mesmos direitos pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, a Constituição se revela fundamental não porque visa proteger os direitos, mas sim porque ela deve proteger o fazer político, pois é este, por meio de articulações hegemônicas de poder, e não a Constituição, a fonte direta de construção de consensos mínimos e proteção dos direitos.

Com ajuda dos ‘diálogos institucionais’, desconstruiu-se também a ideia de que o judiciário teria a “última palavra” acerca da interpretação do direito, pois, em verdade, a interpretação constitucional e legal nunca tem fim, ocorrendo em ciclos que se reiniciam indefinidamente.

Em conclusão, tem-se, portanto, que só resta ao Poder Judiciário receber novos influxos de legitimidade democrática, tarefa mais a cargo da sociedade e de suas forças políticas autônomas.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Celso Rocha. **O Brasil e a recessão democrática. Como o cenário político global ajuda a entender a nossa crise – e vice-versa.** Questões de poder II. *Revista Piauí. Edição 139.* Abril de 2018. Disponível em: <http://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-brasil-e-recessao-democratica/#>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição invertida:** a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso . Aceso em: 10 mai. 2018.
- BURGOS, Marcelo; VIANNA, Luiz Werneck. **Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva.** In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil.* Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491.
- CARMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. **A estratégia institucional do juiz Sergio Moro descrita por ele mesmo. Quando flexibiliza garantias constitucionais, juiz se aproxima da concepção de Estado de Exceção.** *Jota*, 28 de Março de 2016. Disponível em: <https://jota.info/artigos/estrategia-institucional-juiz-sergio-moro-descrita-por-ele-mesmo-28032016>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETO, Bruno Meneses. **Diálogos institucionais:** estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais. Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR.* ISSN 2359-5639, Periodicidade quadrimestral, vol. 2, n. 3, Curitiba, setembro/dezembro, 2015.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos.** Tradutora Luzia Araújo. Coleção Dike. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009.
- GODOY, Miguel Gulano de. **Devolver a constituição ao povo:** crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GOUVÊA, Marco Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas:** novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Forense: Rio de Janeiro, 2003.
- GRAY, John. **Liberalism. 2nd ed. (Concepts in social thought).** Minneapolis: University of Minnesota Press, 1995.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era dos Impérios, 1875-1914**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2002.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and Socialist Strategy – Towards a Radical Democratic Politics**. Second Edition. Printed in US by Maple Press. London and New York: Verso, 2014.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**. Ensaio de Antropologia Simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Editora 34: Rio de Janeiro, 1994.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da monarquia à oligarquia. História institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Introdução e Notas de Alexandre Fradique Morujão. 2a. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. **Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo**. Sequência (Florianópolis) [online]. 2015, n.71, pp.107-132. ISSN 0101-9562. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2018.

MATTEUCCI, Nicola. **“Liberalismo”**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. V. 2. 5a. Edição – Brasília: Editora da Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 686-705.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política da FFLCH-USP, 03 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 02 abr. 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. Revista CEJ. Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/625/805>. Acesso em: 05 mai. 2016.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Tradução de Ana Cecília Simões, Revisão Técnica de José Soares de Almeida, Lisboa: Gradiva Publicações, 1996.

MOUFFE, Chantal. **Democratic Paradox**. London, New York: Verso, 2009.

RODRIGUES, Daniel dos Santos. **A Defesa Judicial dos Direitos Sociais Prestacionais a partir da Teoria dos Direitos Humanos de Amartya Sen**. In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 8, n. 34, outubro/dezembro 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RODRIGUES, Daniel dos Santos. **Direitos Humanos e Democracia à Luz das Críticas ao Liberalismo de Carl Schmitt e de Chantal Mouffe**. Dissertação (mestrado). Trabalho não publicado. Universidade Federal de Goiás, Pró-reitoria de Pós-graduação (PRPG), Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Goiânia, 24 de novembro de 2014. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/7760>. Acesso em: 30 mai. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. **O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 30 n. 1/2, janeiro/fevereiro 2018, Brasília, p. 23-44.

SCHMITT, Carl. **Political Romanticism**. Translated by Guy Oakes. Cambridge, Massachusetts and London, England: The MIT Press, 1986.

SCHMITT, Carl. **A situação intelectual do sistema parlamentar atual**. In: _____. *A Crise da Democracia Parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer, Coleção Clássica, São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. **Catolicismo Romano e Forma Política**. Prefácio, tradução e notas de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Hugin Editores, 1998.

SCHMITT, Carl. **The Concept of the Political**. Expanded Edition, Kindle Edition. Translation, introduction, and notes by George Schwab, Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução Fernando Santos. Revisão da tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação**. Rev. direito GV. São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, abril 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100236&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 maio 2018.

SOUZA, Jessé Jose Freire. **A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: LeYa, 2015.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights constitutional law**. Kindle Edition. Princeton: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. **Why the constitution matters**. New Haven: Yale University Press, 2010.

DEMOCRACIA: UM CONCEITO CONTROVERTIDO

JOSÉ GODOFREDO PIRES DOS SANTOS¹

RESUMO

Atualmente repercutem em várias esferas da sociedade brasileira inúmeras manifestações que – direta ou indiretamente – sugerem a adoção de medidas de arbítrio no tocante à gerência das políticas públicas, com claro viés ideológico que pugna pela adoção de medidas e políticas públicas em detrimento à democracia preconizada pela Constituição Federal. Na Carta Magna em inúmeros dispositivos se constata a determinação da construção de uma sociedade pluralista onde possam conviver os diversos matizes que compõem a diversidade social e política brasileira. Dessa forma, são apresentados no presente artigo as diversas concepções de democracia, desde a perspectiva de Rousseau e Kelsen, até as contemporâneas visões de Habermas, Rawls e Dworkin. Dessa forma, importa reconhecer a necessidade do estabelecimento e consolidação de uma democracia que permita o pluralismo político e a redução das desigualdades sociais, mediante uma concepção deontológica da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia representativa. Democracia participativa. Constituição. Estado democrático de direito.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é uma república democrática, como se depreende da Constituição Federal, *ex vi* do art. 1º, que por sua vez se fundamenta em valores universais como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, como corolário, o pluralismo político. Daí se entender que a democracia brasileira se constitui de valores formais e materiais, com destaque para o convívio – presumindo-se harmonioso – das diversas concepções e valores existentes no tecido social. Contudo, as eleições gerais de 2018 revelaram uma faceta a qual se presumia sepultada na sociedade brasileira, qual seja: a visão monocular de valores sociais, intolerância política, tentativa de sujeitar as políticas públicas a um único projeto e até uma concepção superada com o surgimento do Estado Liberal oitocentista: a intolerância religiosa. Como ápice dessa anacrônica onda ideológica surgem manifestações que clamam pelo fim da democracia, volta de regime ditatorial. Dito de outra forma: pela não observância dos valores consagrados na Constituição. Neste preocupante cenário, este artigo pretende, de forma simplificada, refletir sobre esse controvertido conceito, mediante a análise de algumas concepções relacionadas ao tema.

¹ Especialista em Direito Ambiental e Políticas Públicas, Mestre em Direito, Promotor de Justiça.

2 UM CONCEITO EM EVOLUÇÃO

A democracia se estabeleceu hodiernamente como um consenso em relação a gerência do Estado e como mecanismo para regular as relações entre sociedade e governo. Contudo, esse consenso se esvai quando se procura delimitar e configurar o que seja efetivamente a democracia, dando margem para a construção de questões quase sempre dicotômicas que envolvem os confrontos entre socialismo e capitalismo, democracia substantiva e democracia procedimental, democracia representativa e democracia participativa, democracia antiga e democracia moderna, dentre outros.

Assim, neste artigo essas questões são apresentadas como forma de averiguar a concepção de democracia mais apropriada ao Estado Democrático de Direito. Nesse passo, além de iniciar a discussão quanto à trajetória da democracia, são apresentadas concepções relacionadas à democracia, com destaque para duas. Mais especificamente: as formulações teóricas de Hans Kelsen e Ronald Dworkin.

Noutro passo, a democracia cresce em unicidade. Não é à toa que governantes de todas as estirpes e matizes reivindicam a qualidade de democráticos. Mesmo dentre aqueles Estados que são reconhecidos pela comunidade internacional como despóticos ou arbitrários – inclusive representando alargado consenso – se dizem democráticos, alegando “razões de Estado” para suprimir clássicas liberdades individuais ou coletivas.

A modernidade, materializada na supremacia da razão, nas liberdades econômicas centradas no sistema mercantilista, nas novas descobertas científicas, na crença no domínio da ciência, no surgimento das religiões reformistas (aspectos relativos ao conhecimento, à economia e à religião) se constitui no campo político, tendo o sistema representativo como traço mais característico de um modelo, onde a presença do povo emerge como elemento essencial das novas relações políticas. Streck (2001) prefaciando a obra de Rogério Gesta Leal, Teoria do Estado, afirma que

A modernidade nos legou o Estado, o direito e as instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. Institucionaliza-se o; separa-se o público do privado; diferencia-se o poder econômico do poder político, além da institucionalização da autonomia do Estado em face da sociedade civil.

O aumento da produtividade econômica dos feudos e a expansão das cidades determinam uma nova “dinamização das atividades e da vida social, oportunizando o crescimento do comércio e a organização dos ofícios em Corporações” (LEAL, 2001, p. 45), fenômeno que se consolida nos séculos XI e XII. De forma paralela, surge uma nova categoria social: a burguesia, caracterizada pelo exercício da atividade do comércio e a circulação de mercadorias. Contudo, a posterior ascensão da burguesia no âmbito político, embalada pela ruptura com o antigo regime, nos propicia um novo modelo

de relação entre sociedade e Estado. A saber, o Estado liberal tem como um dos seus alicerces, o sistema representativo. Nesse passo, o conceito de “povo”, ganha projeção singular, no caso, a burguesia em ascensão.

Historicamente, o modelo de democracia vem se alterando e ganhando novos contornos. A relação entre sociedade e Estado, no âmbito do Estado liberal, marca de forma inequívoca a relação entre o espaço privado e o espaço público. Nesse paradigma – o do Estado Liberal – há uma divisão bem evidente entre o que é público, ligado às coisas do Estado (direitos à comunidade estatal: cidadania, segurança jurídica, representação política etc.) e o privado, em relação à vida, liberdade, individualidade familiar, propriedade, mercado. No Estado liberal essa separação dicotômica (público/privado) era garantida através do Estado. Assim, com a definição precisa do espaço privado e do espaço público, o indivíduo guiado pelo ideal da liberdade busca no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas implementadas no âmbito do Estado que assumiu a característica de não interventor. Pelo paradigma do Estado liberal, compete ao Estado, por meio do Direito garantir a segurança nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos.

Na verdade, não se trata de estabelecer um conceito jurídico de democracia, mas a “concepção” de democracia referida na Carta Magna. Daí decorre a razão pela qual a hermenêutica constitucional é relevante para a percepção dessa concepção.

A ideia da existência de uma concepção e não meramente um conceito, ganha relevância com a teoria de John Rawls em “Uma teoria da Justiça”, onde o pensador americano reforça as ideias de conceito e concepção, pois, para ele, existe um conceito de justiça (que teria relação com o fato de tratar os casos assemelhados de forma assemelhada) e uma concepção de justiça (como identificar quais casos são de fato, assemelhados). Para Rawls, o conceito é minimamente aceito, contudo, importa na existência de várias concepções.

No tocante à democracia, por exemplo, é possível que o conceito tenha um núcleo identificável e sólido, pertinente ao fato de que a democracia é o inverso do arbítrio ou a identificação com a ideia de que seja um governo onde o povo participe dos rumos do Estado, dentre outras. Contudo, é certo que também existem concepções diferentes de democracia, no que se refere à existência de um núcleo maleável e variável, pertinente a indagação de, por exemplo, em quais situações é possível dizer que o povo esteja participando dos rumos do Estado, ou por outra, o que é efetivamente um governo não arbitrário.

Barzotto (2003, p.10) sintetiza com propriedade essa perspectiva, de que existe, nesses termos, um elemento mínimo de ligação entre todos os conceitos (no caso de democracia, representada pelo contraponto ao arbítrio) e ao mesmo tempo uma parte variável e mutável, qual seja, a definição dos casos, nos quais, o arbítrio se apresente.

3 CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

As constituições contemporâneas inseriram em seus textos a palavra democracia. Notadamente a Carta Constitucional brasileira de 1988, também grafou em seu texto o termo democracia ao proclamar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado *Democrático* de Direito (art. 1º). Desse modo, pode ser entendido que a democracia passa do campo sociológico ou da ciência política, para se constituir em um termo jurídico. Assim, é necessário ter a exata compreensão do que seja esse termo jurídico, que ganha o contorno de termo jurídico indeterminado.

A condição de *termo jurídico* da democracia exige a necessidade de estabelecer uma *concepção jurídica* da democracia, aplicável à interpretação da Constituição e de todo o ordenamento jurídico que dela deriva.

Desse modo é importante ressaltar as diversas concepções de democracia no âmbito jurídico, com maior influência no pensamento contemporâneo, estabelecendo um corte epistemológico, para efeito deste trabalho. Nesse sentido, é oportuna a conclusão de Barzotto, quando trata do referido termo (2003, p. 12)

O que as concepções proporcionam não é um conjunto de regras acerca do uso do termo “direito”, nem a revelação da “essência” do direito. Elas fornecem uma interpretação do conceito de direito. Nesse sentido, o método de elucidação de um conceito só pode ser o hermenêutico.

Nessa perspectiva, esse artigo apresenta diversas concepções de democracia aplicáveis no âmbito jurídico. De forma transversal enumera a concepção de Rousseau e diretamente as concepções de Kelsen, Habermas e Dworkin.

Antes de tratar especificamente dos modelos apresentados pelos pensadores referidos, convém apresentar um breve panorama das concepções contemporâneas de democracia.

Dejalma Cremonenses, nas obras “Teoria Política” (2008) e “Democracia participativa e controle social” (2010), apresenta um breve panorama das teorias contemporâneas da democracia, revelando que quase todas apresentam a necessidade de estabelecer um caráter participativo à atual configuração da democracia. Nesse passo, essas teorias possuem raiz em Rousseau, em sua perspectiva de democracia como expressão da soberania popular.

Rousseau acredita na livre manifestação popular como único caminho para a construção da “vontade geral”, na qual residiria a essência da democracia.

Cremonese, nas obras referidas, sintetiza com propriedade o panorama contemporâneo da democracia ao dividir as atuais correntes em dois grandes blocos, no âmbito da ciência política: as correntes *institucionalistas* e as correntes *participativas*. Por essa ótica, a corrente institucionalista pode ser também identificada como teoria democrática

elitista, competitiva, procedimental, pluralista, realista ou democrática descritiva e se caracteriza como uma teoria formal da democracia (CREMONESE, 2008). Pela ótica dessa teoria, o papel dos cidadãos é referendar os detentores do poder através de um processo eleitoral. Essas teorias possuem raiz teórica em Max Weber e Schumpeter. Para Schumpeter, a democracia é um arranjo institucional e se constitui em uma competição entre elites. (CREMONESE, 2010).

Nesse sentido, Cremonese resume a teoria institucionalista (2008, p. 159) ao afirmar que ela

Considera a necessidade de maior institucionalização das organizações políticas democráticas (partidos políticos, eleições, poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) como condição indispensável para a conquista de tal estado. Para os institucionalistas, o problema central da construção da ordem política democrática refere-se à criação de mecanismos que assegurem o processo de institucionalização de políticas democráticas. Quanto maior for o grau de institucionalização das instituições democráticas, maior será a possibilidade da existência de uma sociedade desenvolvida política e democraticamente.

A segunda concepção defende um maior grau de participação da sociedade civil, diretamente, na função de governo, como condição para a edificação de um Estado democrático e desenvolvido politicamente. A corrente participacionista, como já dito, guarda relação com o pensamento de Rousseau e pode ser considerada uma releitura do pensamento do teórico iluminista. Essa corrente é representada por Carole Pateman e C. B. Macpherson (CREMONESE, 2008). Os participacionistas objetivam multiplicar as práticas democráticas, institucionalizando-as dentro de uma maior diversidade de relações sociais, inclusive inserindo em novos contextos participativos existentes nas sociedades contemporâneas.

Para Pateman, para que um sistema político seja considerado democrático é indispensável a existência de uma sociedade participativa, o que deve ser entendido de forma ampla, com a democratização de todos os setores sociais.

Deixando de lado as análises da democracia pelo viés da sociologia, convém reconhecer a existência de concepções de democracia, cujas linhas gerais podem ser resumidas como democracia plebiscitária, democracia procedimental e democracia deliberativa.

A democracia plebiscitária² guarda relação com o pensamento de Rousseau e tem como fundamento a soberania popular. Para o pensador iluminista, democracia é o governo do povo. Contudo, povo para Rousseau não é simplesmente o indivíduo (e nem o conjunto de indivíduos considerados como mera somatória), mas o conjunto

² O termo democracia plebiscitária é referido especialmente pelo jurista e pensador alemão Friedrich Müller e tem sido aceito por significativa parte da doutrina.

dos cidadãos, dotados de vontades que compõem a vontade da coletividade, ou seja: a vontade geral.

A *vontade geral* preconizada por Rousseau é o produto de uma vontade estabelecida de forma coletiva, porém una e indivisível, que deve nortear os rumos do Estado, na busca do bem comum. Desse modo, a democracia idealizada, é aquela onde o povo decide de forma direta, especialmente na constituição da lei. A lei, portanto, deve ser a expressão da soberania popular.

Para Rousseau, os parlamentares não são *representantes* do povo, mas sim, *comissários*, já que é impossível a representação do povo, posto que somente ele – diretamente – é capaz de fazer leis que preservem na íntegra a vontade geral, uma vez que legisla na defesa de seus interesses.

Com base no pensamento de Rousseau emergem teorias políticas contemporâneas, como já referido, abordadas especialmente pela sociologia e pela ciência política, dentre elas, as correntes denominadas participacionistas, já mencionadas anteriormente, onde se destacam nomes como Pateman e Macpherson.

Por outro lado, pensadores como Robert Dahl, reforçam a perspectiva de que a democracia é um conjunto de processos. Para Dahl é possível, no jogo político, reconhecer a existência de diversas elites, que interagem continuamente, especialmente em situações de conflitos, com o objetivo de estabelecer um compromisso visando a governabilidade e a regularidade do Estado.

O pensador americano cria o termo *poliarquia* para expressar a variedade dos regimes políticos ocidentais, mediante o ordenamento das instituições (forma de funcionamento). Desse modo, é possível dizer que Dahl é um procedimentalista. Através do conceito criado por ele é possível estabelecer níveis ou graus de democracia, através da análise de cada Estado.

Dahl estabelece dois parâmetros para avaliar o grau de democracia dos Estados: a participação política e a competição política. Pelo primeiro, se averigua a quantidade da população efetivamente incluída no processo de escolha dos governantes. Já a competição política se refere à luta pelo poder político entre os segmentos. Por esse último prisma, se constata a necessidade da existência de mecanismos para que todos os atores possam, em tese, ter condições de chegar ao poder.

Na perspectiva de Dahl, pela conjugação dos dois parâmetros é possível aferir o grau de democracia em determinado Estado. Nesse passo, seriam mais democráticos Estados que possibilitassem o acesso do maior número de pessoas ao processo eleitoral, por exemplo, enquanto seria menos democrático um Estado com restrições ao exercício no referido processo. Do mesmo modo, quanto maior o número de segmentos ou grupos que competirem pelo poder, maior será o grau de democracia dentro de um Estado. Nesse sentido, Dahl reforça “a necessidade do pluralismo político”, revelando uma concepção liberal de democracia (DAHL, 1993, p. 133).

A poliarquia seria o grau máximo que uma sociedade pode atingir, se apresentando quando todos possam participar das escolhas de governantes e quando todos os grupos tenham reais possibilidades de atingir o poder.

Dahl se socorre de Aristóteles para discutir a necessidade da identificação de processos, como necessários para a caracterização da democracia. Acompanhando o pensador grego, Dahl afirma que, sinteticamente, democracia é o governo do povo (onde o povo governa, onde é soberano). Por isso, “é necessário contar com algum procedimento ou processo de governo” (DAHL, 1993, p. 131).

A influência do pensamento de Aristóteles é notável, quando se fala da chamada democracia deliberativa, que de certa forma tem afinidade com a ideia de identificação de processos como condição para a existência da democracia, pois, para estabelecer um diálogo entre os vários grupos sociais e correntes de pensamento político é necessário firmar processos participativos e a presunção da existência de um regime pluralista.

Dias (2010, p. 215), ressalta o caráter da democracia chamada deliberativa, que apresenta como proposta um modelo dito *inclusivo*. Nesse sentido, “é necessário a realização de uma deliberação, produto do diálogo, de espaço de debates. Tal deliberação deve conduzir à solução mais justa, que será produzida a partir de uma discussão” que presume a interlocução entre todos os envolvidos.

A democracia deliberativa, portanto, de raiz aristotélica, resgata do pensador grego, a ideia de prudência e de aproximação com a verdade, que se apresenta através do jogo político fruto da convivência social. A obtenção de uma solução negociada, não significa que seja a correta, mas que é a que mais se aproxima da verdade, posto que é representada pelo consenso, revelando a completa interação social preconizada por Aristóteles.

A democracia procedimental se apresenta como “um método de tomada de decisões políticas composto de uma série de procedimentos e regras, dentre as quais, a principal é a regra da maioria” (BARZOTTO, 2003, p. 151). Não se discute, nessa ótica, a justeza da proposta, mas a observância ao rito e aos mecanismos. Um Estado é efetivamente democrático quando observa a forma prescrita para o funcionamento do processo político e atende a manifestação da maioria.

A democracia dita deliberativa (discussão política para a formação do consenso), portanto, guarda relação indireta com a democracia dita procedimental (democracia tomada como conjunto de mecanismos de decisões), já que para possibilitar o diálogo é necessária a criação de regras procedimentais. Por outro lado, essas concepções se afastam da chamada democracia plebiscitária, de raiz no pensamento de Rousseau, pelo seu caráter popular e participativo.

Apenas a título de parâmetro, a democracia procedimental é aquela que se funda na defesa do procedimento democrático, na medida em que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos, independente do resultado a ser alcançado. Para Nino (1998), a democracia procedimental se insere em

uma concepção abrangente de Constituição e exige, além da organização do poder e de limites ao processo legislativo, também Mecanismos jurídicos que assegurem um processo político público e aberto, no qual todos os afetados pelas decisões políticas tenham igual possibilidade de participar das decisões, mas que também impeçam o governo, mesmo quando respaldado pela maioria, de violar os interesses individuais tutelados pelo sistema de direitos fundamentais.

O procedimentalismo tem no âmbito jurídico, uma perspectiva mais acentuada na obra de Jürgen Habermas. Especialmente na obra “Direito e Democracia entre Facticidade e Validade”, onde Habermas passa a acreditar no estabelecimento da denominada “ação comunicativa”.

De forma sintética, é possível apresentar a teoria de Habermas, do seguinte modo: Ele encontra os princípios democráticos na ação comunicativa, que por sua vez gera a participação de forma ativa da sociedade na própria elaboração da norma jurídica na ação comunicativa. Desse modo, esses princípios democráticos são capazes de tornar legítimo o direito positivo, daí decorrente. Contudo, se para Habermas uma norma só se torna direito positivo quando ela obtém força através de um procedimento juridicamente válido, sua legitimidade vai ser medida pela resgatabilidade social deste direito elaborado, ou seja, a norma jurídica é válida quando respeita os procedimentos formais estabelecidos legalmente. Não obstante, só pode ser entendida como legítima, quando é decorrente da ação social.

Assim, o direito democrático que deve ser fundamento do Estado de Direito, necessita juntar as duas qualidades referidas: validade formal e resgatabilidade social. Desse modo, é possível construir um Estado Democrático de Direito, resgatando assim a participação de todos na elaboração da norma, como ponto essencial desse sistema.

Desse modo, Habermas reforça a tese de que somente tem legitimidade o Direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos. Não somente é necessário que os cidadãos tenham os mesmos direitos, mas que possuam as mesmas condições para exercitá-los. Por outro lado, a legitimidade do direito está atrelada ao princípio democrático, e para que este seja observado, os destinatários do direito devem se ver como autores desse direito, de forma a haver maior legitimação e aceitação do direito imposto, e menos conflitos na sociedade.

Habermas não se limita a reconhecer a legitimidade do direito apenas a partir da produção parlamentar, pois entende que essa qualidade decorre de uma ampla discussão no âmbito da sociedade, tendo assim origem na discussão social, que por sua vez possibilita a elaboração da norma. Contudo, não é todo o direito construído pela sociedade que pode ser considerado democrático, mas somente aquele que decorre de um processo legislativo denominado discursivo democrático, onde são garantidas as regras mínimas para a convivência social. Desse modo, Habermas procura uma unidade racional que se estabelece em uma relação dialógica, que pretende alcançar um consenso entre os indivíduos, que é a chamada “razão comunicativa”.

Para Habermas, a perspectiva do individual é transferida para a edificação de um sistema de normas, já que a norma deve ser o resultado de um processo de evolução. Desse modo, existe o comprometimento do cidadão com as normas (especialmente as constitucionais), pois resulta de um projeto por ele mesmo formulado, relacionado com o momento histórico de sua elaboração. Desse modo, é desnecessária, em regra, a imposição externa para efetivo cumprimento da norma.

Conclui-se – em Habermas – que o Estado não se legitima por si só, ou de outro modo, o Estado não é a fonte de sua própria validade.

Habermas reconhece, contudo, a constante tensão existente entre facticidade (direito originado de um legislador e executado sob a ameaça de sanção estatal) e validade (direito aceitável por seus destinatários). Entretanto, essa sanção se reduz ao dissenso, superado pela perspectiva de um direito construído pela própria sociedade, formada por cidadãos com autonomia política. Dessa forma, a tensão referida (facticidade/validade) pode ser assim explicada, conforme clara referência na obra “Direito e Democracia entre Facticidade e Validade”, (1997, p. 60/61):

A positividade do direito significa que, ao se criar conscientemente uma estrutura de normas, surge um fragmento de realidade social produzida artificialmente, a qual só existe até a segunda ordem, porque ela pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um dos seus componentes singulares. Sob o aspecto da modificabilidade, a validade do direito positivo aparece como a expressão pura de uma vontade, a qual empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito. Como iremos ver, o *pathos* do positivismo jurídico alimenta-se desse voluntarismo de pura criação. Do outro lado, a positividade do direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade. Nessa aceitação reflete-se o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigidas por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma entre tensão entre facticidade e validade. Essa tensão ideal retorna intensificada ao nível do direito, mais precisamente na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a ideia de autolegislação – ou da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis.

Desse modo, Habermas estabelece que esta tensão na dimensão da validade do direito, implica a organização do poder político empregado para impor legitimamente o direito (e o emprego autoritativo do direito).

Além do mais, para Habermas, a autonomia jurídica se diferencia em pública e privada. Assim, pela autonomia privada as pessoas decidem como usufruir os direitos subjetivos de que dispõem. Já pela autonomia pública eles definem como o igual será tratado como igual e o desigual como desigual, por intermédio de suas liberdades comunicativas. Contudo, convém esclarecer que essa diferença não é passível de prejudicar a relação interna entre autonomia pública e a autonomia privada.

Por fim, apontamos dois modelos ou perspectivas de democracia (no âmbito jurídico), com base nas construções teóricas de Hans Kelsen e Ronald Dworkin. O primeiro estabelecendo a democracia como resultante da relação entre autonomia e heteronomia, calcada em uma base centrada no normativismo jurídico, redundando em um modelo formal. Em Dworkin, a democracia ganha um contorno constitucional substantivo, onde o modelo de democracia constitucional proposto sustenta que as decisões políticas devem refletir igual consideração e respeito por todos os membros da comunidade, revelando um sistema liberal, com base constitucional.

Kelsen na obra “A Democracia”, aborda a relação entre a vontade individual e a relação com as necessidades do Estado, cujos interesses se apresentam por meio de coação exercida em relação à liberdade individual. Assim, a democracia em Kelsen funda-se em dois postulados da nossa razão prática: Liberdade e igualdade. A visão de Kelsen em relação à democracia deriva de sua perspectiva em relação ao direito, pois, para ele, o direito é um sistema normativo, formado por normas válidas e coercitivas. Nessa perspectiva, quando em sociedade o homem é livre, na medida em que participa da formação do Estado, ou seja, o cidadão só é livre através da vontade geral, quando está de acordo com a maioria.

A perspectiva de Kelsen no que se refere à democracia, não pode ser isolada do conjunto de sua obra. Em Teoria Pura do Direito (2006, p. 21) Kelsen ressalta a necessidade de estabelecer a clara distinção entre moral, justiça e direito, pois “uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida”. Nesse sentido, procura retirar do direito critérios ditos *subjetivos*, inclusive no tocante à justiça, posto que o direito deve primar por critérios inerentes à toda ciência: objetividade e exatidão. Questões como justiça e valores morais, não deixam de ser relevantes³, mas apenas não se situam na esfera do direito, mas sim, no amplo campo da ética.

Bittar (2007), com propriedade, resume a teoria do direito de Kelsen:

³A questão da pureza metodológica utilizada por Kelsen é reflexo da posição adotada por ele em relação a discussão sobre a ausência de valores nas ciências sociais, muito em voga na Alemanha, no início do século XX. Kelsen se alinha à perspectiva de Max Weber no tocante a necessidade de realizar a distinção entre conhecer e valorar. Nesse sentido, a perspectiva weberiana prescreve a distinção entre a necessidade de ver os fatos pela realidade (dever científico) e a defesa dos próprios ideais (dever prático). Desse modo, Kelsen embasa a ciência do direito na ausência de juízos de valor.

As normas jurídicas são estudadas pela ciência do direito; as normas morais são objeto de estudo da ética como ciência. O raciocínio jurídico, então, não deverá versar sobre o que é certo ou errado, sobre o que é virtuoso ou não virtuoso, sobre o que é bom ou mau, mas sim sobre o lícito e o ilícito, sobre o legal (constitucional) ou ilegal (inconstitucional), sobre o válido e o inválido.

Kelsen preocupa-se, contudo, com a forma pela qual a norma é elaborada, para que esta possa ter condição de validade. Daí resultar que a noção de democracia por ele firmada, se estabelece a partir da validade do processo legislativo, ou mais, a partir da formação do mecanismo eleitoral que visa construir a instância de deliberação da norma: o Poder Legislativo. A democracia representativa, por essa ótica, passa a merecer especial destaque, visando constituir um parlamento livre e regular, capaz de confeccionar normas aceitas pela maioria dos indivíduos. A norma dita “democrática”, assim, é a resultante da produção de um sistema eleitoral que efetivamente represente os interesses da maioria (pois legitimada pelo processo eleitoral), independente da possível justiça de seu conteúdo.

O sistema político, que deriva da concepção kelseniana de democracia, conduz para a relevância do papel do parlamento e, em decorrência, para o reconhecimento do sistema representativo como modelo ideal de democracia. Nesse sentido Kelsen (2000, p. 46) sentencia:

A democracia moderna só viverá se o parlamentarismo se revelar um instrumento capaz de resolver as questões sociais de nosso tempo. É certo que democracia e parlamentarismo não são idênticos. Mas, uma vez que para o Estado a aplicação de uma democracia direta é praticamente impossível, não se pode duvidar seriamente de que o parlamentarismo seja a única forma real possível da ideia de democracia. Por isso, o destino do parlamentarismo decidirá também o destino da democracia.

Kelsen reconhece que a divisão do trabalho propiciou o surgimento de relações sociais complexas, que impedem o exercício da democracia de forma direta. Dessa forma, o Estado também se avoluma, fazendo com que o povo perca a capacidade de exercer diretamente a ação estatal, pois “quanto maior a coletividade estatal, tanto menos o *povo* parece ter condições de exercer imediatamente a atividade realmente criadora da formação da vontade do Estado”, conforme ressalta em “A Democracia” (2000, p. 48). Justamente por isso, resta ao povo limitar-se a controlar o verdadeiro aparelho da formação da vontade do Estado. Daí a relevância do parlamento em seu sistema. A democracia, por essa ótica, se associa necessariamente ao modelo representativo, através do qual, o indivíduo pode exercer a sua liberdade, elegendo o parlamento que irá direcionar a ação do Estado.

A ideia de liberdade como forma de organização do poder consubstanciada no Estado adquire novo significado. Por isso, afirma Kelsen ((2000, p. 28):

se a ideia de liberdade pode tornar-se um princípio dessa organização social – que antes era negação – e finalmente um princípio de organização estatal, isso só é possível através de uma mudança de significado. A negação absoluta de qualquer vínculo social em geral e, portanto, do Estado em particular, leva ao reconhecimento de uma forma especial desse vínculo, a democracia, que com seu contrário dialético, a autocracia, representa todas as formas possíveis do Estado, aliás, da sociedade em geral. Se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório nas relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política.

Desse modo, o que se pode deduzir da teoria política de Kelsen, quanto à democracia, é que ela é um regime político que garante a participação do povo nas funções do Estado (executiva e legislativa), através de um método de criação da ordem jurídica, para que exista uma identidade entre governantes e governados, ou, dito de outra forma, entre sujeito e objeto do poder.

Na perspectiva kelseniana, politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa. Um indivíduo é livre se o que ele deve fazer segundo a ordem social coincide com o que ele quer fazer. Democracia significa que a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica à vontade dos sujeitos. A questão básica, então, da democracia, está em reduzir a distância entre a ordem jurídica e a sua própria vontade.

Para o jurista positivista, a democracia consistiria na contraposição entre *autonomia* e *heteronomia*, sendo que a primeira consistiria na aspiração do homem à liberdade, enquanto a segunda seria a necessidade de coação social. Assim, o problema consistiria em reduzir o afastamento entre autonomia (liberdade anárquica) e heteronomia (coação externa). Isso somente seria possível mediante a passagem da liberdade da anarquia à liberdade da democracia. No sistema kelseniano, a contraposição entre autonomia e heteronomia é inevitável. Contudo, essa relação não é imóvel, uma vez que o homem possui natural aspiração à liberdade, por um lado e, por outro, surge sempre a necessidade de estabelecer a coação social, por imperativo estatal.

O pleno uso das liberdades políticas, para Kelsen, propicia a possibilidade do exercício da manifestação dos indivíduos, visando construir a vontade do Estado. Desse modo, a regra procedimental básica da democracia é a regra da maioria, cujo ápice se dá na atividade parlamentar.

A existência de valores – e não apenas processos – para efeito de caracterização da democracia, ganhou especial destaque na hodierna polêmica travada entre os convencionalmente denominados “procedimentalistas” e os “substancialistas”, dando margem para mais uma dentre as diversas questões dicotômicas que envolvem o sentido da democracia: democracia substantiva e democracia procedimental.⁴

Por outro lado, a despeito da existência de correntes de pensamento que apontam a necessidade de mecanismos procedimentais para a caracterização da efetiva democracia, se constata a existência, de igual modo, de uma concepção substantiva. Por essa ótica, a democracia meramente formal, aí registrada como um regime de lei, de ordem, de processos eleitorais, se difere da democracia substantiva, por ser esta última uma democracia que cria e assegura direitos, apontando para a criação de uma cidadania econômica, social, cultural e política.

A perspectiva substancialista se apresenta de forma marcante na produção teórica do pensador norte-americano Ronald Dworkin, expressa em inúmeras obras e publicações que ressaltam a necessidade de buscar na democracia, muito mais do que o estabelecimento de processos eleitorais, sistemas e mecanismos de representação. Nessa construção, é relevante o papel desempenhado pela Constituição e pela configuração que Dworkin estabelece para a hermenêutica constitucional. Nesse passo, o valor do princípio da igualdade é redefinido e redimensionado.

Dworkin expõe um modelo constitucional substantivo onde o modelo de democracia constitucional proposto, sustenta que as decisões políticas devem refletir igual consideração e respeito por todos os membros da comunidade. As instituições estatais, segundo o jurista norte-americano, estão vinculadas a determinados princípios substantivos, de maneira que a constitucionalidade de uma norma ou de um ato político decisório não pode ser avaliada apenas sob a ótica do procedimento.

O respeito à democracia, portanto, pressupõe, não apenas a regularidade do processo legislativo, mas, essencialmente, que o resultado desse processo reflita um compromisso com princípios igualitários de moralidade política. Dessa forma, o núcleo do pensamento de Ronald Dworkin em relação à democracia, funda-se em dois pontos de apoio: Primeiro um modelo de democracia constitucional substantiva, pautado na ideia de direitos como argumentos políticos que impõem limites à vontade da maioria e asseguram a cada membro da comunidade igual consideração e respeito; e como segundo ponto, uma teoria da aplicação do direito estruturada sobre o conceito de integridade, segundo o qual uma fundamentação adequada e legítima das decisões judiciais deve recorrer a argumentos de princípio, fundados em uma interpretação coerente da prática constitucional, conforme referido em todo o Cap. VII, do “Império do Direito” (DWORKIN, 2007).

⁴ Sobre o tema ver Lucas Borges de Carvalho (Jurisdição Constitucional & Democracia: Integridade e Pragmatismo nas Decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007).

Nesse ponto, convém ressaltar a influência do pensador norte-americano John Rawls em relação à base do pensamento de Dworkin, especialmente quanto à concepção do direito enquanto integridade.

John Rawls (1921/2002) desenvolve sua teoria do liberalismo político em *Teoria da Justiça* (2003) e em publicações posteriores, para tratar de como uma sociedade justa, nos moldes liberais, pode ser possível. Rawls desenvolve uma noção substancialista do direito e da democracia, onde são fatores relevantes a moral, a política e a economia, estabelecendo as bases que posteriormente foram desenvolvidas por Dworkin. Assim, desenvolve uma ética deontológica singular, que trata dos deveres, mas também dos direitos.

Rawls desenvolve raciocínio para promover o ideal de paz nas relações internacionais. Para ele, os grandes problemas historicamente enfrentados pela humanidade (guerra, fome, pobreza etc.) são produzidos pela injustiça política e poderiam ser minimizados com observância de princípios de justiça social e do pluralismo. Essa perspectiva é influenciada pela filosofia política de Kant, Rousseau e Locke. A justiça em discussão é a das instituições (a ética social é mais relevante que a ética individual). Desse modo, o conceito de justiça é diferente das várias concepções de justiça e uma sociedade organizada é definida pela organização de suas instituições. Nesse passo, é no perfil das instituições que se funda a estrutura social. Rawls questiona por que uns tem mais deveres do que direitos e porque uns se beneficiam das instituições e se favorecem das estruturas sociais.

A concepção teórica de Rawls é edificada em duas construções hipotéticas, que em muito contribuíram para a teoria de Dworkin: a *posição original* e o *véu da ignorância*. Na *posição original* (acordo inicial) as partes formularam proposições (despidas de interesses e valores pessoais). São essas que devem prevalecer, pois seriam justas para todos e exequíveis. (na teoria de Rawls não é um acordo histórico, mais hipotético), sendo sempre relevada a igualdade original para optar por direitos e deveres. Já o *véu da ignorância* recobre os olhos dos que decidem o destino das instituições (estão distanciados da dinâmica dos interesses sociais, econômicos, políticos). Dessa forma, se estabelece a posição inicial onde todos são iguais, firmando a justiça como equidade. Dessa construção hipotética decorrem três princípios: 1. Princípio da liberdade igual: A sociedade deve assegurar a máxima liberdade para cada pessoa compatível com uma liberdade igual para todos os outros; 2. Princípio da diferença: A sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, exceto se a existência de desigualdades econômicas e sociais gerar o maior benefício para os menos favorecidos; 3. Princípio da oportunidade justa: As desigualdades econômicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos em condições de justa igualdade de oportunidades (acesso).

Rawls se antecipa à concepção substancialista de Dworkin, pois reconhece que a justiça formal não basta para a aplicação das leis, pois entende que para a existência de uma sociedade com estabilidade, ela deve ser corretamente ordenada pela sua concepção

de justiça pública. Contudo, Rawls percebe que uma teoria da Justiça deve prever uma teoria da desobediência civil, visando sempre a possibilidade do exercício político para tentar modificar a lei ou mesmo pregar a não observância dela.

Assim, a teoria da justiça se transforma numa concepção racional sobre um valor de justiça que não é subjetivo, que não se confunde com o bem de um indivíduo (virtude, felicidade etc.), mas que se realiza por meio das instituições sociais. Desse modo, a preocupação é com o coletivo, e não com vontades pessoais. Rawls conclui que dois princípios de justiça seriam propostos, centrados na igualdade de direitos, respeito à pluralidade e redução da exclusão social.

Dessa forma a estrutura básica da sociedade é fruto de um acordo entre os cidadãos, relevando sempre a tolerância, a diferença e a possibilidade do consenso, conforme expresso na obra *Teoria da Justiça* (1971).

A filosofia política de Dworkin, portanto, tem raiz na perspectiva formulada por Rawls. A estrutura jurídico-política formulada por Dworkin tem escopo no conceito de democracia constitucional. Em uma democracia constitucional, concebida em paradigmas liberais, deve-se, sobretudo, assegurar a garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos. A Constituição, documento no qual se declaram os direitos fundamentais dos cidadãos, que se sobrepõe frente aos processos majoritários de formação da vontade política, tem como objetivo primordial proteger os direitos e liberdades individuais que asseguram a autonomia moral dos indivíduos (se percebe um sentido deontológico de validade das normas e princípios constitucionais). Isso significa que os direitos constitucionalmente assegurados devem ser interpretados como comandos impositivos, e não como simples valores.

Por esse prisma, é possível falar em leitura moral da Constituição. De acordo com ela, os direitos fundamentais nela garantidos devem ser “interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e que fixam limites ao poder governamental”. (DWORKIN, 2007, p. 423-476). Dworkin, ao conferir esse sentido de validade deontológica aos princípios jurídicos, especialmente os constitucionais. Por essa ótica, os juízes não possuem poderes totalmente discricionários, pois a discricionariedade não pode afetar os direitos humanos, reconhecidos por uma leitura deontológica da constituição. Desse modo, apresenta a tese da resposta correta ao direito.

Através do Direito como integridade, chega-se, dessa forma, a uma interpretação a ser aplicada ao caso concreto, nos termos expressos no cap. II, do “Império do Direito” (DWORKIN, 2007). Não aceitar a possibilidade de se chegar a uma interpretação correta do Direito significa a negação de sua força normativa, com a preocupante possibilidade de ocorrências incompatíveis com a preservação e respeito aos direitos fundamentais contemplados pelos ideais democráticos.

Em “*A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*” (2005), especialmente nos Capítulos um a sete, Dworkin traça os pontos básicos de sua teoria no que se refere aos conceitos de democracia, sempre regulado pelo princípio da igualdade.

Dworkin sustenta uma concepção de igualdade segundo a qual a igualdade ideal consiste em circunstâncias nas quais as pessoas não são iguais em bem-estar, mas nos recursos de que dispõem. Nesse sentido a aceitação da igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, implica no entendimento de que a liberdade se torna um aspecto da igualdade e não um ideal político independente em conflito com ela. Defende a comunidade liberal, como o espaço político onde a igualdade e a liberdade podem conviver em harmonia e onde a tolerância liberal não só é compatível com uma concepção de comunidade, mas, indispensável a ela, sendo que a vida comunitária limita-se às atividades políticas formais, devendo o argumento político liberal estabelecer a necessidade da integração na vida da comunidade.

O modelo firmado por Dworkin está inserido no ambiente liberal, onde a comunidade liberal (no caso a igualdade liberal) deve atentar para a igualdade no campo político ressaltando a necessidade de se estabelecer um sistema de democracia participativa, visando submeter os interesses da comunidade a um ambiente onde se garanta formalmente o exercício das liberdades políticas. Contudo, os interesses meramente privados, sem repercussão no campo público devem ficar adstritos à vida individual. Já os interesses públicos devem ser fruto da participação política, para que se estabeleça um sistema de responsabilidade, onde as decisões de interesse da comunidade precisam ser legitimadas.

Na perspectiva de Dworkin, a Constituição possui papel preponderante. Porém, sua análise não se estabelece a partir de uma teoria de supremacia formal da Constituição, nos moldes propostos por Kelsen em sua teoria pura do direito, por se encontrar no ápice do sistema jurídico-político. A teoria de Dworkin reconhece a supremacia material da Carta Constitucional, que passa a regular toda a sistemática do Estado e, em decorrência, toda a legislação infraconstitucional.

Enquanto para Kelsen (2005), a democracia se opera pela concordância entre vontades individuais e a vontade do Estado, tanto ressaltando a regra da maioria, como entendendo a sempre presente possibilidade da existência de não livres (cujos interesses não se adéquam à norma escolhida pela maioria), Dworkin fala da necessidade de participação no jogo político para estabelecimento de uma comunidade política, e não como mera estatística, onde são computados os interesses da maioria. Nesse sentido é que se enquadram os mecanismos participativos que apontam a democracia participativa fomentando a configuração das instituições, em face das limitações da democracia calcada apenas no sistema representativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito brasileiro, a perspectiva da democracia deve se pautar na redução das desigualdades sociais, conforme imperativo firmado na constituição de 1988. A perspectiva que deve ter o Estado é justamente a necessidade de intervenção na esfera

social, revelando que é necessário adotar uma concepção de democracia, no modelo apontado por Dworkin, visando a escolha das políticas que melhor propiciem as distribuições substantivas na sociedade.

Trata-se, assim, de ler a Constituição de 1988 de forma integrada, com a pauta por ela estabelecida visando a busca por uma sociedade mais justa e com relevância dos valores da justiça e da igualdade. Nesse passo, não se trata de eleger um modelo meramente procedimentalista. Tampouco passa por uma visão isolada da Constituição, onde os inúmeros institutos participativos, por si só, são capazes de criar uma democracia no âmbito do Estado Brasileiro. Importa sobremaneira, destacar a busca pela integração política dos cidadãos, visando firmar uma comunidade política, com a repartição de responsabilidades e consciência política. Assim, no âmbito da Carta de 1988, aos mecanismos de democracia representativa devem ser inseridos instrumentos de participação direta, visando o estabelecimento efetivo da democracia, plural e participativa.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. 12 t. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CREMONESE, Dejalma. **Democracia participativa e controle social**. Canoas: Editora da Ulbra, 2010.

CREMONESE, Dejalma. **Teoria política**. Ijuí: Editora Unijui, 2008.

DAHL, Robert A. **La democracia y sus críticos**. 2. ed. Barcelona: Paidós, 1993.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. **Democracia urbana: é possível coadunar desenvolvimento sustentável e práticas democráticas nos espaços urbanos no Brasil?** Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. Democracia representativa e deliberativa: marco concretizador da cidadania In **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Ano 3, V.1. Belém: Imprensa Oficial do Estado, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de validade do direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. **O Que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade t. I e II** – Col. Biblioteca Tempo Universitário 101, São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **A Constituição da democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1998.

ROUSSEAU, Dominique (org.). **La démocratie continue**. Paris: L.G.D.J – Bruylant, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. 3 ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 2a ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

30 ANOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

EDUARDO CAMBI¹MARCOS VARGAS FOGAÇA²

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público.

1 INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988 o Ministério Público adquiriu a função de defesa dos direitos mais caros à sociedade, tornando os desafios enormes, a exigir esforços de todos os ramos e unidades do Ministério Público na condução estratégica de sua forma de atuação. A instituição, antes ligada ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, agora, desatrelada dos demais Poderes, com independência, vem construindo uma identidade e forma de atuação própria, na promoção dos direitos e garantias fundamentais, embora ainda encontre resistência em seu exercício diante de casos que põem em xeque membros e órgãos da República.

A importância do Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, torna necessária a permanente reflexão acerca da independência funcional da instituição, a fim aprimorar seus métodos de trabalho, de modo a melhorar os resultados na aplicação das normas jurídicas, no combate à corrupção, na diminuição da impunidade, na redução das desigualdades econômicas, na erradicação da pobreza e na efetivação da cidadania.

Nessa perspectiva, o presente texto procura refletir sobre os caminhos percorridos pelo Ministério Público após a Constituição Federal de 1988 e os desafios enfrentados. Afinal, novas formas de atuação dos seus membros e dos modelos de atuação emergiram de suas atribuições constitucionais, um órgão de controle e planejamento da instituição foi criado, o Conselho Nacional do Ministério Público, bem como o vigor de sua autonomia funcional para, se entender necessário, conduzir a investigação criminal, deu origem a contra forças de poder, em busca da retirada de sua atribuição investigatória. Tais temas

¹Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. E-mail: eduardocambi@hotmail.com.

²Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogado. E-mail: mvfmarcos@hotmail.com.

são se suma importância para uma melhor compreensão do Ministério Público na nova ordem constitucional.

2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL

O Ministério Público se desenvolveu concomitantemente à consolidação do Estado Democrático de Direito, no Brasil, e à medida que a própria sociedade evoluía a instituição se fortalecia e avançava em suas atribuições e garantias.

De início, é perceptível a relação direta da abrangência (maior ou menor) da independência institucional do Ministério Público com a concentração da força política dominante e a intensidade da participação popular na decisão política fundamental, especialmente espelhada nas Constituições vigentes e na regulamentação das liberdades públicas.

A Constituição de 1824, apesar de não fazer menção direta à figura do Ministério Público, conferiu ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional o dever de acusação criminal, em seu art. 48, atribuição destinada ao Ministério Público posteriormente. Durante sua vigência adveio o Código Criminal de 1830, cujo art. 312 confiava ao Promotor à acusação para determinados crimes. No mesmo sentido, em 1832, o Código do Processo Criminal designou diversas atribuições ao Promotor Público e, dentre elas, a de denunciar certos crimes e intentar queixa, quando o ofendido fosse pessoa miserável, nos termos dos art. 73 e 74. Essas regras foram os primeiros contornos das atribuições do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar disso, tão somente com o Decreto 848 de 1880, o Ministério Público foi regulamentado enquanto instituição, prescrevendo, dentre as atribuições do Procurador-Geral da República, funcionar como representante da União e atuar junto ao Supremo Tribunal Federal. Em seguida, a Constituição de 1881 versou sobre as funções do Procurador-Geral da República junto ao Poder Judiciário, uma vez que o Presidente da República o designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

Na Constituição de 1934, promulgada sob uma perspectiva de democracia social, o Ministério Público se posicionou fora dos Poderes constituídos, sem vinculação com o Judiciário, adquirindo *status* constitucional e estrutura própria, enquanto órgão de cooperação nas atividades governamentais, de acordo com o artigo 95 e seguintes.

No entanto, o retrocesso democrático ocorrido com o advento da Ditadura de Vargas atingiu o Ministério Público no seu acondicionamento na Constituição de 1937, onde recebeu tratamento vago e esparso, com disposição topológica sobre o Procurador-Geral da República no capítulo destinado ao Poder Judiciário. Além disso, tal Constituição estabeleceu a possibilidade de a lei cometer ao Ministério Público dos Estados a função de representar a Fazenda Federal na cobrança da dívida ativa da União. Novamente, o Ministério Público estava atrelado a um Poder do Estado, deixando de ser uma instituição independente.

A redemocratização do país só adveio com a Constituição de 1946, momento em que o Ministério Público foi tratado em título próprio, distinto dos demais Poderes. Essa Constituição cuidou da organização da carreira e das garantias de seus membros. Porém, a União ainda era representada pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local, nos termos do art. 126, parágrafo único.

A Constituição de 1967, não obstante tenha mantido a disposição sobre a organização da carreira e as garantias institucionais de seus membros, além de conservar a representação da União pelos Procuradores da República, alocou a seção destinada ao Ministério Público junto ao capítulo destinado Poder Judiciário, retrocedendo novamente à Constituição anterior que lhe dava disposição própria e especial.

Por sua vez, a Emenda Constituição nº 1 de 1969 fixou a seção destinada à instituição no capítulo referente ao Poder Executivo, mantendo-o atrelado a um dos Poderes, o que diminuiu, ainda mais, a autonomia institucional do Ministério Público.

Embora a ditadura militar de 1964-1985 tenha limitado a independência funcional e a autonomia dos membros Ministério Público, a instituição se fortaleceu no período e exerceu importante papel junto aos órgãos governamentais, especialmente com o advento do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei de Ação Civil Pública de 1985, cujo reflexo positivo foi respaldado na Assembleia Constituinte³.

Com efeito, há relação entre a origem ou positivação da Constituição com a regulamentação do Ministério Público. Em se tratando de uma Constituição democrática, com participação popular, representada por uma Assembleia Constituinte, foi, historicamente, maior a estruturação e autonomia da instituição, bem como as garantias de seus integrantes. Por outro lado, em se tratando das Constituições não democráticas, outorgadas ou impostas pela força política dominante, as funções atribuídas ao Ministério Público brasileiro foram mais restritas.

Esse breve esboço histórico acerca da disposição do Ministério Público nas Constituições brasileiras se faz necessário para obter parâmetro comparativo e exaltar a importância do novo modelo institucional desenhado na Constituição da República de 1988.

2.1 O PERFIL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova ordem constitucional, com maior legitimidade popular. Instituiu um Estado Democrático de Direito, responsável pela defesa de valores supremos eleitos pelo constituinte.

Para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentre outros direitos difusos e coletivos, conferiu ao Ministério

³AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal*. Brasília: ESMPU, 2010. p. 15.

Público - como instituição permanente, essencial à defesa da ordem jurídica - o dever de efetivação das promessas constitucionais⁴.

Para tanto, fazia-se necessária uma figura institucional autônoma, com autogoverno e desatrelada dos demais Poderes, que atuasse com independência entre interesses que se opõem, sem favorecer um em detrimento de outro. Destarte, o Ministério Público recebeu disposição própria na Constituição, alocado entre as funções essenciais à Justiça (Seção I do Capítulo IV do Título IV).

O art. 127, §1º, da Constituição Federal de 1988 estabeleceu determinados princípios institucionais ao Ministério Público: a) o da unidade, a fim de a instituição ser vista como única e com divisões meramente organizacionais; b) o da indivisibilidade, que demonstra a prática de atos pelo Ministério Público enquanto instituição e não pela pessoa do Promotor/Procurador de Justiça ou do Procurador da República; c) e o da independência funcional, que lhe conferiu autonomia no exercício de suas atribuições, sem se submeter a qualquer controle hierárquico no exercício de sua atividade; hierarquia esta restrita ao âmbito administrativo⁵.

O Ministério Público deixou de representar judicialmente a União, designando a Advocacia-Geral da União para o exercício de tal mister. Além disso, a CF/88 vedou, expressamente, nos termos do art. 129, inciso IX, a representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público.

Ademais, a Constituição vigente designou novas funções ao Ministério Público e manteve algumas já existentes, dentre estas últimas, a de promover, privativamente, a ação penal pública. No entanto, internamente, e mesmo antes da Constituição de 1988, a atuação funcional de seus membros já ia além das meras competências formais definidas pela ordem jurídica, desvinculando-se a figura do Ministério Público de um mero órgão acessório do Poder Judiciário, limitada à acusação.

Portanto, a Constituição brasileira de 1988 funcionou como mola propulsora da reformulação da atuação e do aparato constitucional ao exercício funcional do Ministério Público, que vai além de um mero agente processual, desfocado de sua base legitimadora, ou seja, a sociedade e seus diferentes anseios e dificuldades⁶.

Até então a figura do Ministério Público estava arraigada às atribuições restritas, especialmente ao âmbito criminal, com destaque para a função acusatória (arts. 100 do CP e 24 do CPP). No que tange à esfera cível, os agentes ministeriais funcionavam como “fiscais da lei” (*custos legis*), com caráter de pareceristas (art. 83 do CPC/73), até ser instituído o inquérito civil e regulamentada, de forma progressiva e mais abrangente, a ação civil pública (Leis 7.347/85, 8.069/90, 8.078/90, 8.429/92 etc.).

⁴ SADEK, Maria Tereza. Cidadania e Ministério Público. *Justiça e Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro, v. 1, 2009. p. 09.

⁵ Cfr. MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 731, jan. 2013/abr. 2013.

⁶ BUCHMANN, Willian. Ministério Público, participação social e políticas públicas. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013. p. 693.

Assim, a partir da Constituição da República de 1988 o Ministério Público assumiu poderes-deveres tão ou mais relevantes no Estado Democrático de Direito, como agente político, produtor social e fomentador-efetivador de políticas públicas⁷. Nesse contexto, salientam-se as seguintes atribuições: zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, valendo-se das medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los; realizar o controle externo da atividade policial; exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, CF/88).

Diante do alargamento das funções destinadas ao Ministério Público pela Constituição de 1988, surgiu a necessidade de reestruturar sua forma de atuação institucional, a fim de potencializar o exercício de suas atribuições, uma vez que se trata de uma Constituição que se pretende normativa, com concretização de seu conteúdo constitucional, requerendo uma postura diferenciada diante da realidade social.

3. A IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O modelo atual de Ministério Público também completa 30 anos de existência, tal qual a Constituição Federal, sendo sua roupagem e estrutura institucional renovada aos longos dos anos, tendo em conta seus erros, omissões e conquistas, comuns a qualquer instituição.

Dentro dessa perspectiva evolutiva, em harmonia ao sistema de freios e contrapesos dos órgãos constitucionais, por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, foi criado o Conselho Nacional do Ministério Público, com a função de exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Como todo órgão constitucional, o Ministério Público também deve ser controlado, a fim de dar transparência as suas ações e propiciar uma sociedade mais cidadã e democrática, sem favoritismos ou perseguições. Desta forma, surge o CNMP, para além de servir de instrumento de controle administrativo, financeiro e disciplinar, sobretudo, estruturar o Ministério Público em âmbito nacional⁸.

Sua formação é representada por 14 membros de diversos setores da sociedade (membros de todos os ramos do Ministério Público, juízes de direito, advogados e cidadãos), de modo que seja uma instituição aberta e plural, em que o controle possa ser

⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 643.

⁸ CAVALCANTI, Felipe Locke. O papel do CNMP e os desafios da instituição MP. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 75. p. 137.

balizado por diversas perspectivas, institucionais e de pessoal. Além disso, tal composição permite que o Conselho Nacional do Ministério Público possa atuar em sintonia com o Judiciário e a Advocacia, a fim de que unidos possam defender a sociedade da melhor maneira possível, com organização e planejamento estratégicos. Daí decorre a importância de sua diversidade representativa.

O artigo 130-A, § 2º, incisos I a IV, da CF/88, traz as atribuições do Conselho Nacional de Justiça.

Vale destacar a função de zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências. Isto permite ao CNMP orientar sua forma de atuação nacional, com planejamento e desenvolvimento de ações estratégicas, a exemplo do que faz a Recomendação 54, de 28 de março de 2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público⁹, em busca da resolução de litígios, preferencialmente, sem a necessidade de um processo judicial, tendo em vista o menor tempo e custo social ao interesse da sociedade, assegurando a máxima efetividade possível por meio de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Além disso, pode regulamentar a forma de atuação nacional da instituição, a exemplo do que fez a Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, do CNMP, que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Por meio de recomendações administrativas, o CNMP pode sugerir medidas a serem tomadas pelos ramos do Ministério Público e seus membros diante de certas circunstâncias, que embora não sejam vinculantes possuem força moral para o seu cumprimento, uma vez que é indicativo de que tal medida faz parte do planejamento estratégico nacional, de modo que haja harmonização da gestão de todos os ramos do MP. Tal estratégia permite a análise de indicadores de efetividade em eventuais correções, para enxergar tendências e corrigir o planejamento de atuação. Do mesmo modo, o poder regulamentar permite a punição e a correção administrativa dos membros do Ministério Público que não seguirem as normativas institucionais, prejudicando a defesa do interesse público.

Compete ao CNMP, também, zelar pela observância do art. 37 da CF/88 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas. A possibilidade de o CNMP realizar o controle de legalidade e legitimidade de atos administrativos praticados por membros ou órgãos de qualquer ramo do Ministério Público traz uma maior fiscalização e transparência à entidade. Não significa dar poderes jurisdicionais ao Conselho, tal qual o controle de constitucionalidade de lei, mesmo que no caso concreto, uma vez que sua função de controle se limitaria aos atos administrativos

⁹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Ministério Público Resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional. *Revista dos Tribunais*, vol. 982, ago./2017, p. 107-134.

praticados¹⁰. Como órgão constitucional, o Ministério Público deve além de zelar pela ordem pública, ter uma atuação esmerada aos ditames legais.

Esta previsão permite ao CNMP averiguar fatos omissos de investigação dentro de algum ramo do Ministério Público. Embora continue sendo possível que o Ministério Público da situação investigue tal fato, dentro do seu controle interno, abre-se a possibilidade de que uma instituição nacional de controle adote as providências necessárias a manutenção da ordem jurídica dos atos administrativos praticados.

Além disso, o CNMP pode receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa. Ademais, o CNMP pode rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano.

Estas atribuições permitem ao CNMP atuar como órgão de controle externo da atividade disciplinar e correccional do Ministério Público, conhecendo de reclamações contra membros e órgãos do MP e seus serviços auxiliares, como forma de fiscalizar os diversos ramos do Ministério Público, inibindo a omissão fiscalizatória a determinados casos. Por exemplo, eventual arquivamento de procedimento disciplinar na origem permite ao CNMP revisar o arquivamento, mediante a abertura de novo Processo Administrativo Disciplinar (PAD), desde que respeitadas as garantias legais do investigado.

Também, em consonância a ideia de planejamento e gestão do Ministério Público em nível nacional, compete ao CNMP elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias a situação do Ministério Público no país e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem do Presidente da República por ocasião da abertura da sessão legislativa. Isto corrobora a ideia de que a atuação institucional deve ser objetiva e visar resultados, os quais podem ser demonstrados em indicadores de gestão do Ministério Público, o que possibilita o monitoramento da instituição e visualização dos caminhos para reagir a determinadas situações que se inserem dentre suas atribuições.

A utilização de indicadores de desempenho pelo CNMP demonstra sua preocupação com o processo de *accountability* (responsabilização), uma vez que tem seu gerenciamento voltado aos resultados da instituição, em comparativo as metas preestabelecidas. Dentre estes indicadores, pode-se mencionar: a transparência e credibilidade da instituição frente à sociedade; o estabelecimento de condutas uniformes que potencializam a atividade da instituição; o aperfeiçoamento dos sistemas de admissão e capacitação de seus membros e servidores; um maior controle disciplinar, mediante a redução dos casos de prescrição de procedimentos administrativos; a facilitação do acesso da população às informações do Ministério Público; a informatização dos processos; a modernização da estrutura física e tecnológica, dentre outros.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. MS 27.744, rel. min. Luiz Fux, j. 6 maio 2014.

Assim, o Conselho Nacional do Ministério Público exerce importante papel na manutenção da independência funcional do Ministério Público, enquanto órgão de controle da atividade-fim dos membros do Ministério Público. Não deve haver qualquer favorecimento ou truculência na atuação de seus membros, sendo passíveis de correção e disciplina, como em qualquer outra instituição republicana, o que é reforçado pela criação do CNMP. Em busca de gestão nacional da instituição, desponta sua atividade regulamentar, que confere planejamento estratégico às atuações e estabelece metas a serem alcançadas. Não se trata mais de dar objetivos constitucionais a serem perseguidos pela instituição sem ter mecanismos de gestão deste papel.

4 MODELOS DE ATUAÇÃO FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com a consagração e potencialização do Ministério Público na Constituição de 1988, surgem dois modelos de atuação funcional: o Ministério Público Demandista e o Ministério Público Resolutivo, que em certos pontos se encaixam e se confundem com as formas de atuação de seus membros (membros de Gabinete e de Fato), tudo a depender da existência de um plano estratégico de atuação ou da inexistência dele.

O Ministério Público Demandista tem atuação restrita ao Poder Judiciário, em que todas suas atribuições podem ser resolvidas por meio de um processo judicial, reduzindo a atuação do membro do Ministério Público a um mero agente processual.

Nesse contexto, na esfera criminal, a atuação do Ministério Público restringe-se ao ajuizamento de ações penais e ao controle externo da atividade policial, bem como o acompanhamento da instrução processual. Esse modelo impõe limites ao perfil do promotor de direitos e pacificador social, ao limitar a análise individualizada de cada ilícito penal a que deve se atribuir uma sanção, o que dificulta o exame do crime enquanto fenômeno social. O Ministério Público Demandista trabalha de forma atomista, caso a caso, desconsiderando a possibilidade de formação grupos de apoio e equipes de trabalho¹¹. Além disso, tem uma fiscalização à distância da atividade policial, sem nenhum canal de comunicação direto com a Polícia Judiciária, para além de cotas e ofícios limitados ao inquérito policial.

Já o Ministério Público Demandista, na esfera cível, também se concentra em um perfil de agente processual, como autor de ações civis públicas e “fiscal da lei” (parecerista), nos processos em que o bem da vida reclama a atuação do Ministério Público como *custos iuris* (art. 178, CPC/15 e Recomendação nº 34/2016 do CNMP). A utilização de procedimentos administrativos extrajudiciais, como a notícia de fato, o procedimento preparatório e o inquérito civil, são utilizados tão somente para coletar provas necessárias à propositura de uma medida judicial, sem fomentar práticas negociadas (conciliação e mediação), a fim de encontrar uma solução no plano extrajudicial que seja mais rápida e efetiva. Ademais, a atuação do Ministério Público Demandista junto à sociedade civil,

¹¹ GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 1, 2001. p. 28.

como na fiscalização de entidades não governamentais e órgãos públicos, por meio de visitas e diligências, limita-se a medidas repressivas a determinados problemas que lhe são denunciados.

Por outro lado, o Ministério Público Resolutivo é aquele que põe a prova o princípio da independência funcional, que toma iniciativa em sua atuação, que atua de forma preventiva e não se restringe ao campo processual. É proativo e antecede ao problema, mediante um conjunto de iniciativas junto à formulação de políticas públicas, e não somente em sua fiscalização, após uma maior interação com as entidades civis e governamentais, conselhos de direitos e autoridades públicas¹².

Por exemplo, o Ministério Público do Rio Grande do Norte recebeu o Prêmio CNMP 2016 na categoria indução de políticas públicas com o projeto Nascer com Dignidade¹³. Tal iniciativa visava reduzir a mortalidade materna e infantil, em razão dos óbitos de recém-nascidos e maternos decorrerem de causas evitáveis, relacionadas em sua maioria à falta de atenção adequada à mulher, durante a gestação, no parto e também ao feto e ao bebê. Com o intuito de assegurar um pré-natal de mais qualidade e um parto mais humano e seguro, bem como reestruturar os serviços de atenção ao pré-natal e ao parto, o MPRN mobilizou 56 Promotorias de Justiça, fez 391 visitas de inspeção em Unidades Básicas de Saúde e maternidades públicas, celebrou 10 Termos de Ajustamento de Conduta, redigiu 54 Recomendações Administrativas, organizou 9 audiências públicas e ajuizou 11 ações civis públicas.

O Ministério Público Resolutivo pode melhor identificar as demandas coletivas por meio da participação na comunidade (em reuniões com os Conselhos de Direitos, em visitas a estabelecimentos hospitalares, com o desenvolvimento de projetos sociais etc.) e mediante a realização de um atendimento ao público organizado, para filtrar os aspectos comuns a determinados grupos de interesses sociais relevantes.

A atuação resolutiva do Ministério Público prestigia a ação colaborativa e em rede, buscando o labor conjunto ou compartilhado de Promotorias/Procuradorias de Justiça. Aliás, a *cooperação* entre unidades especializadas, em áreas afins, permite que a matéria seja analisada sob os mais variados ângulos e aspectos, o que facilita a definição de estratégias de ação institucional, a divisão de tarefas e o compartilhamento de responsabilidades, com a atuação processual e extraprocessual mais rápida, completa e melhor fundamentada, o que torna o Ministério Público mais eficiente¹⁴. Com efeito, supera-se a ideia de que a atribuição de certa Promotoria está vinculada, necessariamente, a uma “Vara” Judicial, já

¹² Pelo art. 1º, § 1º, da Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, “*entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito das suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações*”.

¹³ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Prêmio CNMP 2016: Ministério Público, um projeto, muitas conquistas: projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2016. p. 19.

¹⁴ DIGIÁCOMO, Murillo José. O Ministério Público e a utopia. In: *Direito e justiça. Estudos em homenagem a Gilberto Giacoia*. Org. Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf. Curitiba: Ministério Público, 2016. p. 109-110.

que um determinado problema, em razão da sua complexidade e interdisciplinaridade, para ser mais bem resolvido, pode e deve ser solucionado por duas ou mais Promotorias, em conjunto. Desse modo, é possível suplantar a concepção “tradicional” de atribuição ministerial, para se buscar “atribuições sistêmicas, conjuntas ou compartilhadas”, a fim de promover convergências estruturais, otimizando os recursos humanos, reduzindo custos e duplicidade de trabalho, o que torna mais resolutiva a atuação do Ministério Público.

Na esfera penal, o Ministério Público Resolutivo não atua tão somente na propositura de ações penais, baseadas nas investigações conduzidas pela Polícia Judiciária. Tem uma visão abrangente do fenômeno da criminalidade - baseada em dados estatísticos, indicadores sociais, informações coletadas junto a entidades científicas, governamentais ou não, e aferidas no contato com conselhos de direitos e entidades públicas - conduzindo sua atuação mediante práticas preventivas junto à sociedade civil, por meio da comunicação dialógica com instituições não governamentais e participação no ciclo de políticas públicas implantadas pelos órgãos governamentais.

Por exemplo, a atuação do Ministério Público Resolutivo, enquanto agente político fomentador de políticas públicas na esfera criminal, pode ser visualizada na atuação dos membros do Ministério Público junto à divulgação e a ampliação do Método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos condenados, entidade dedicada à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade – em busca de melhoria do sistema penitenciário brasileiro. O Ministério Público tem sido um dos canais de comunicação entre a sociedade civil e os órgãos governamentais, a fim de difundir o método, de modo que seus membros não atuam tão somente como fiscal da execução penal, mas como agentes transformadores de sua melhoria, remediando um problema latente no Estado brasileiro¹⁵.

Desse modo, o Ministério Público Resolutivo não apenas se contenta em ser o titular privativo da ação penal, mas procura ser agente indutor e transformador da política criminal, sendo protagonista e fomentador de políticas públicas na área de segurança pública¹⁶.

Nesse contexto, o Ministério Público Resolutivo realiza diagnóstico, fiscaliza e monitora políticas públicas de segurança pública, com o desenvolvimento de diretrizes de prevenção e repressão à criminalidade¹⁷. Também, toma iniciativa na condução da

¹⁵ A temática foi abordada no 7º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público, realizado em setembro de 2016.

¹⁶ WALTRICK, Emiliano Antunes Motta. Ministério Público. Investigação criminal, controle externo da atividade policial e seu protagonismo na definição de políticas criminais. *Revista jurídica do MPPR*, vol. 4, agosto/2016, p. 75-76.

¹⁷ A propósito, o documento final do VII Encontro Nacional do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial – ENCEAP, promovido pelo CNMP e realizado nos dias 1 e 2 de agosto de 2017, em Brasília/DF, conclamou a criação de “Promotorias (ou Núcleos) de Tutela Coletiva da Segurança Pública (ou da Atividade Policial), voltadas para os controles concentrado e difuso da atividade policial, sem prejuízo do controle difuso feito pelo promotor natural e do controle da probidade administrativa da atividade-meio, realizado pelas Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público”. No Estado do Paraná, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio da Resolução nº 550, de 31 de janeiro de 2018, instituiu o Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP).

persecução penal, produzindo provas e fiscalizando a atuação da Polícia Judiciária, bem como age de forma integrada, formando grupos de trabalho e forças-tarefa, com a participação efetiva de Delegados, Promotores/Procuradores de Justiça e Procuradores da República em uma mesma sistemática de trabalho estruturado, planejado e colaborativo, a fim de enfrentar a criminalidade organizada e difusa, de modo a evitar diligências desnecessárias e possibilitar a troca de informações e experiências. Tudo isso permite a tutela coletiva do direito fundamental à segurança pública (arts. 6º e 144 da CF/88), combater a criminalidade não convencional e evitar que o Direito Penal seja utilizado como uma forma de controle social que recai, invariavelmente, sobre a população mais vulnerável.

No campo cível, o membro de Fato utiliza os procedimentos administrativos a sua disposição como forma de conduzir e pressionar uma solução rápida e direta das questões que afetam interesses metaindividuais sempre que possa evitar a propositura de uma ação civil pública ou de outra medida voltada à judicialização da demanda. Por meio de notícias de fato, procedimentos preparatórios e inquéritos civis, argumenta e convence a parte requerida a firmar compromissos de ajustamento de conduta e/ou acordos de leniência, que possam inibir a prática ou a continuidade do ilícito ou que conduzam a mais rápida reparação dos danos causados¹⁸. Além disso, em caso de eventual descumprimento do acordo firmado, em razão de se tratar de um título executivo extrajudicial, supera-se a fase de conhecimento de um processo judicial e parte-se para a sua execução.

Por meio de mecanismos de solução dialogada (negociação, mediação, conciliação, práticas restaurativas e convenções processuais)¹⁹, capazes de promover o

¹⁸ Nesse ponto, cumpre destacar a posição inovadora trazida na Resolução nº 01/2017, de 15 de maio de 2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná, que estabelece parâmetros procedimentais e materiais a serem observados para a celebração de composição, nas modalidades de ajustamento de conduta e acordo de leniência, envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei nº 8.429/92 e aos atos praticados contra a Administração Pública, previstos na Lei 12.846/2013. Em seguida, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao regulamentar a tomada do compromisso de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985), na Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, asseverou, no seu art. 1º, § 1º, ser “cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

¹⁹ A Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do CNMP dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. Por sua vez, o artigo 3º, §3º, do CPC/15 afirma que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por membros do MP, inclusive no curso do processo judicial. Com efeito, mesmo em áreas menos sensíveis às soluções extrajudiciais, como o meio ambiente (v.g., o Enunciado nº 1/2005, da 4.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal estabelece: “Intervenções em áreas de preservação permanente. Termo de Ajustamento de Conduta. Impossibilidade de homologação. Enunciado: Termos de Ajustamento de Conduta que violem dispositivo legal não são passíveis de homologação, a exemplo dos que visam a regularizar intervenções em área de preservação permanente”) e a proteção ao patrimônio público (cuja possibilidade de acordo de leniência está prevista nos arts. 16 e 17 da Lei 12.846/2013 e de mediação, até em ações de improbidade administrativa; art. 36, §4º, da Lei 13.140/2015), a legislação e a atuação do Ministério Público (v.g., como ocorre com as implicações dos atos de improbidade administrativa apurados pela Operação Lava Jato, após a colaboração processual de empresários e políticos no âmbito penal; arts. 4º a 7º da Lei 12.850/2013) vêm demonstrando a necessidade de ampliação da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos pelo Ministério Público. Verificar, dentre outros: VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de processo*, vol. 251, jan./2016, p. 391-426; CABRAL, Antonio do

acesso à justiça deliberativa, o Ministério Público Resolutivo também pode ampliar o diálogo com instituições públicas e privadas ou incentivar a democracia participativa na sociedade civil. Afinal, antes de se judicializar uma política pública, o Ministério Público pode fomentar²⁰ ou utilizar instrumentos para melhor atender os anseios da comunidade, tal qual a realização de audiências públicas²¹, em que se forma um espaço democrático, a fim de que os destinatários das medidas a serem adotadas participem diretamente da construção da solução ao problema e das tomadas de decisão. Assim, o Ministério Público funciona como verdadeiro canal de comunicação entre a sociedade e o Estado²².

Nesse sentido, como pontua Marcelo Pedroso Goulart, o Ministério Público deve: politizar e desjurisdicionar a sua atuação (rever a atuação demandista), transformando-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual de sua atuação; atuar em redes integradas, de âmbito local, regional, estatal, comunitário e global, habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas²³; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado; e procurar soluções judiciais somente depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas²⁴.

Tal reformulação do Ministério Público, transpondo-se um modelo Demandista para um paradigma Resolutivo, passa por um planejamento estratégico orientado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, discutido e implementado por cada ramo e unidade do Ministério Público, visando estimular a atuação eficiente dos respectivos membros e a transformação da cultura institucional, voltada para a entrega à sociedade de resultados socialmente relevantes.

Embora a Lei 13.105 de 2015, novo Código de Processo Civil, não tenha efetivamente avançado na profundidade de atuação do Ministério Público na esfera cível, especialmente na defesa de direitos coletivos *lato sensu*, disposta em leis especiais, tal como a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Improbidade Administrativa, dentre outros, pode-se apontar uma simbólica melhoria na tradicional função de interveniente na área cível.

O modelo de Ministério Público implantado pela Constituição de 1988 teve força normativa na elaboração do CPC/15, uma vez que o membro do Ministério Público não teve sua função restrita a de um simples “fiscal da lei” ou parecerista, tal qual previa

Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. vol. I. Org. Geisa de Assis Rodrigues e Robério Nunes dos Anjos Filho. Brasília: ESMPU, 2016. p. 161.

²⁰ Nesse sentido, é importante que o Ministério Público protagonize a celebração de convênios e parcerias com outras entidades para ampliação das formas de autocomposição de conflitos, tais como o Tribunal de Justiça (CEJUSC) e as Universidades.

²¹ A Resolução nº 82, de 29 de fevereiro de 2012, do Conselho Nacional do Ministério Público regulamenta as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados.

²² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. cit. p. 644.

²³ CAMBI, Eduardo; GONÇALVES, Leonardo Augusto. Ministério Público social. *Revista de processo*, vol. 177, nov./2009, p. 209-231.

²⁴ GOULART, Marcelo Pedroso. Op. cit. p. 28-29.

o artigo 83 do Código de Processo Civil de 1973, mas a de *custos iuris*, privilegiando a defesa do interesse público e social, dos incapazes, além da necessidade de manifestação ministerial sobre questões de litígio coletivo sobre posse de terra urbana (artigo 178, CPC/15)²⁵.

Por isso, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação 34, de 05 de abril de 2016, em que se reafirma a necessária remessa dos autos ao Ministério Público, sendo indevida a renúncia (prévia) de vista, pois o juízo de identificação do interesse público, a justificar a atuação do ministerial, é exclusivo do membro do Ministério Público. Além disso, a aludida recomendação, na esteira de um Ministério Público mais resolutivo, determina que os órgãos do Ministério Público, no âmbito de sua autonomia administrativa e funcional, devem priorizar a atuação nos processos civis de acordo com o planejamento das questões institucionais; com a avaliação da relevância social dos temas e processos em que atuam; pela busca da efetividade em suas ações e manifestações; bem como pela limitação do labor em casos sem relevância social, para direcioná-lo na defesa dos interesses da sociedade.

Ademais, é importante destacar a Recomendação 57, de 5 de julho de 2017, pela qual o CNMP regulamentou a atuação dos membros do Ministério Público nos Tribunais. O objetivo desse ato normativo foi destacar o compromisso dos membros da instituição com a sociedade, tornando mais efetivo, proativo e eficaz o trabalho do Ministério Público, para aprimorar a sua atuação tanto nos Tribunais quanto na esfera extrajudicial, com ênfase no fortalecimento da tutela dos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, tal Regulamentação busca, dentre outras medidas, fortalecer o diálogo, a interação e a integração entre os membros do Ministério Público que atuam nas diversas instâncias jurisdicionais (art. 10), otimizar as manifestações do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica para evitar a mera reprodução de pareceres elaborados em primeiro grau de jurisdição (art. 17), bem como disciplinar as manifestações e o comparecimento às sessões dos tribunais (art. 19), incluindo as de conciliação e mediação, a entrega de memoriais, a realização de sustentações orais e a interposição de recursos aos Tribunais Superiores. Portanto, a Recomendação 57/2017 pretende romper com a atuação meramente parecerista dos membros do Ministério Público junto aos Tribunais, para que possam assumir, em razão do princípio da unidade institucional, atribuições conjuntas com os integrantes da carreira em primeiro grau de jurisdição, o que permite, inclusive, a atuação em forças-tarefa, auxiliando o promotor natural tanto na investigação dos

²⁵ Para um maior aprofundamento do Ministério Público no Código de Processo Civil, recomenda-se, dentre outros: ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. *Revista jurídica do MPPR*, vol. 5, ago./dez. 2016, p. 157-198; BERCLAZ, Márcio Soares. MOURA, Millen Castro Medeiros de. O Ministério Público e o processo coletivo no novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo. Coleção Repercussões do Novo CPC*. v. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 457-469; VENTURI, Elton. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re) tomando a sério a intervenção *custos legis* do Ministério Público no novo processo civil brasileiro. In: *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. vol. 1. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). Brasília: ESMPU, 2016. p. 261-300.

fatos quanto na propositura e monitoramento das ações judiciais voltadas à efetivação da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF/88).

5 A TENTATIVA DE DIMINUIÇÃO DO PODER DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

As atribuições constitucionais destinadas ao Ministério Público envolvem as mais diversas frentes dos problemas da sociedade, embora haja uma identificação histórica do órgão com o combate a criminalidade e questões atinentes à política criminal do país, como puderam ser observadas na parte histórica deste artigo.

Desse modo, com uma maior autonomia do Ministério Público na Constituição Federal de 1988, o seu poder de investigação criminal ganhou ainda mais força, ainda que não tenha previsão expressa e se fundamente na teoria dos poderes implícitos. Baseia-se na ideia de que quando a Constituição confere atribuições finalísticas a determinado órgão, a exemplo da função do Ministério Público de promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF/88), haveria uma implícita atribuição de poderes-meio para a realização desta atividade. Em suma, quando a Constituição Federal outorga determinada atividade-fim a um órgão, também concede os meios necessários para sua realização, respeitados a razoabilidade e a proporcionalidade destes poderes.

Sob o entendimento da doutrina dos poderes implícitos foi editada a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar 75/1993, e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Complementar 8.625/1993, permitindo ao Ministério Público a prática de diligências investigatórias criminais, devidamente regulamentadas pela Resolução 13, de 02 de outubro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público²⁶, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal.

Assim, prevalecia o entendimento acerca da possibilidade de o Ministério Público praticar, diretamente, atos de investigação criminal, dividindo tal atribuição com outras esferas organizacionais, como a Polícia Judiciária, o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas, dentre outros órgãos.

No entanto, sempre que o Ministério Público colocava em prática seus poderes investigativos em face de determinado membro do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou da própria Polícia Judiciária, criava-se uma crise interinstitucional e um embate de forças constitucionais em face dos poderes investigativos do Estado. Voltava-se a discutir sobre a autonomia institucional do Ministério Público e seu poder investigativo. Consequentemente, algumas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas em face dos diplomas legais que permitem a investigação criminal pelo Ministério Público, podendo-se citar a ADI 2.943, a ADI 3.836 e a ADI 3.806.

²⁶ Esta resolução foi revogada expressamente pela Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, sendo aqui mencionada apenas para melhor compreensão cronológica da regulamentação do tema.

Em meio a tais discussões, diversos escândalos de corrupção e crime organizado, nas mais altas esferas de poder do país, envolveram importantes políticos e deflagraram grandes operações, como a do “Mensalão”²⁷ e, mais recentemente, a “Lava Jato”, o que fez retomar as discussões em torno da diminuição do aparato investigativo do Ministério Público e sua autonomia institucional.

Dentre as ações para diminuir autonomia do Ministério Público no âmbito das investigações criminais, é importante mencionar a Proposta de Emenda Constitucional 37/2011, também chamada de “PEC da Impunidade”, que propunha a exclusividade do poder de investigação criminal às polícias federal e civil, do Estado e do Distrito federal, retirando tal atribuição de alguns órgãos, inclusive do Ministério Público.

Patente seu despropósito e colocando em risco a manutenção do Estado Democrático de Direito, a contrariedade a PEC 37 foi uma das bandeiras do movimento “Vem pra rua” do ano de 2013, que levou milhares de manifestantes às vias públicas do país para protestarem contra a corrupção e a aludida PEC, que limitaria os poderes investigativos do Ministério Público e, por consequência, aumentaria o número de casos de corrupção sem a devida investigação. Embora houvesse renomados juristas a favor da proposta, a PEC foi rejeitada pela Câmara dos Deputados por 430 votos contrários e 9 favoráveis.

Em resposta à manifestação social contra a corrupção, ganhou força projetos legislativos que buscavam justamente combater o crime organizado e a corrupção, originando importantes leis na esfera investigatória, a exemplo da Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; e a Lei de Combate à Corrupção, Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Outro grande esforço de combate à corrupção foi deflagrada em 2014, a Operação “Lava Jato”, que reúne um conjunto de investigações visando apurar esquemas de lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, organização criminosa, associação criminosa, obstrução da justiça, crimes contra o sistema financeiro, dentre outros crimes contra a administração pública, cometido por políticos e empresários, inicialmente envolvendo a empresa estatal Petrobras. Diversos instrumentos de investigação criminal, potencializados por essas leis, foram utilizados na operação, sobretudo, as colaborações premiadas e os acordos de leniência, que ganharam força no cenário jurídico nacional, ocasionando nova resistência e críticas por segmentos mais conservadores e retrógrados a sua utilização.

Importa destacar a modificação de perspectiva das investigações criminais no Brasil, uma vez que a punição dos envolvidos nos crimes investigados pela Lava Jato

²⁷ Escândalo de corrupção política, ocorrido entre 2005 e 2006, em que houve compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional. Foi objeto de investigação pelo Ministério Público e deu origem a Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal, julgada nos anos de 2012 e 2013.

não tem sido o único objetivo da operação, diante da percepção de que a recuperação do dinheiro público desviado é socialmente mais valioso do que a punição de qualquer agente criminoso. Essa mudança na condução das investigações deu guarida a maior recuperação de dinheiro da história do país, em torno de R\$ 11,5 bilhões, originário, em sua maior parte, de acordos de leniência e colaboração premiada firmados com empresas e colaboradores²⁸. Como se trata de uma megaoperação envolvendo agentes em diversos Estados, com dinheiro público remetido a paraísos fiscais no exterior, caso não houvesse um planejamento estratégico na condução das investigações e a colaboração do Ministério Público em outros países, o desempenho da Operação Lava Jato não seria o mesmo.

Além disso, no ano de 2015 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o RE 593727, em sede de repercussão geral, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para promover investigações criminais, por autoridade própria, desde que respeitados parâmetros legais e constitucionais²⁹. Esta decisão, embora apenas confirme o entendimento majoritário da doutrina, é de suma importância para a proeminência do Ministério Público na investigação criminal. Diante disso, com o objetivo de tornar as investigações presididas pelo Ministério Público mais céleres, eficientes, desburocratizadas, informadas pelo princípio acusatório e respeitadoras dos direitos fundamentais do investigado, da vítima e das prerrogativas dos advogados, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 181, de 7 de agosto de 2017.

Nesse esforço de combate à corrupção sistêmica e à impunidade de políticos e empresários que se enriquecem com o dinheiro público, é muito importante a manutenção dos precedentes firmados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, como o HC 126.292-SP, que concluíram pela execução provisória da decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, posto que tal entendimento não viola a regra constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, CF/88).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do Ministério Público está em compasso com o desenvolvimento da democracia brasileira, com importante papel na formação do país. Em certos momentos

²⁸ Dados retirados do site da operação Lava Jato do Ministério Público Federal, atualizado até o dia 9 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 21. fev. 2018.

²⁹ Tese fixada pelo STF: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 593727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14 maio 2015.

foi renegada sua autonomia funcional, colocando-o como simples órgão do Poder do Estado, sem autonomia própria. A Constituição Federal de 1988 funciona como marco inaugurador de uma nova fase do Ministério Público, como instituição permanente e autônoma, desatrelada dos Poderes do Estado e ao histórico modelo patrimonialista brasileiro que, assentado na corrupção sistêmica, protege políticos, altos funcionários públicos e empresários em detrimento da probidade administrativa, do adequado financiamento de políticas públicas e dos direitos fundamentais sociais, da erradicação da pobreza, da diminuição das desigualdades sociais e da promoção da justiça.

No entanto, o caminho para a afirmação do Ministério Público no Estado Democrático de Direito não fica restrita a aspectos formais de reconhecimento constitucional, sem que haja efetiva independência e autonomia, em especial financeira, para a sua atuação na defesa da ordem jurídica.

É certo que o Ministério Público deve sempre estar atento as suas omissões, erros e eventuais abusos, como toda instituição humana, para não se tornar um órgão estanque e desatrelado do desenvolvimento da sociedade como um todo. Críticas e embates acerca de suas atribuições farão parte do seu desenvolvimento, porém, eles irão diminuir à medida que a sociedade compreenda suas funções e tenha confiança na esmerada integridade dos seus fins.

Nessa perspectiva surge um modelo institucional contemporâneo, o Ministério Público Resolutivo, construído a partir da atuação de cada ramo, unidade e membro da instituição, com respeito ao planejamento estratégico e à gestão de resultados.

Ademais, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público foi importante para o fortalecimento e a integração do Ministério Público brasileiro. Com isso, ganhou os princípios da unidade e da autonomia da instituição, sem prejuízo da ampliação do aspecto disciplinar e correcional, que, com a atuação do CNMP, não fica mais adstrito ao Ministério Público da situação do fato passível de investigação, diminuindo arbitrariedades dos seus membros e colocando-o a par da legalidade inerente a qualquer órgão constitucional.

É certo que existem várias dificuldades na atuação proativa e preventiva do Ministério Público, dentre elas a confiança da população na instituição, que pode ser aumentada por meio de uma maior transparência e abertura dos canais democráticos de defesa dos interesses sociais, bem como a otimização das estruturas físicas e humanas do Ministério Público. Isso depende da priorização de modelos descentralizados e regionais, focados em questões temáticas, que, nem sempre, acompanham a mesma lógica da organização do Poder Judiciário, com ênfase em uma política de melhor identificação das demandas coletivas e de incentivo à autocomposição. Por outro lado, não se pode minimizar a atuação processual do Ministério Público (audiências, ações judiciais, pareceres, dentre outras), que continuará existindo e deve ser prestada com eficiência e qualidade.

A melhoria na qualidade da atuação dos membros do Ministério Público é proporcional ao incremento de políticas institucionais, que dependem do investimento

permanente na qualificação e na ampliação do número de membros no Brasil, necessárias para assegurar a expansão das atribuições institucionais de um Ministério Público Resolutivo.

Em períodos de desenvolvimento econômico reduzido, a gestão do Ministério Público precisa ser eficiente, assumindo o desafio de fazer mais com menos recursos. Por isso, mais do que nunca, faz-se necessária a adequação da independência funcional do Ministério Público a um planejamento funcional e estratégico, com a reformulação de sua atuação na esfera cível e penal (visualizando o delito como fenômeno social, que pode ser combatido em diversas frentes, especialmente com caráter preventivo), bem como intensificar as estruturas de investigação e repressão dos ilícitos (por meio da tecnologia da informação, redes de proteção ao patrimônio público, operações integradas com as Polícias e os demais órgãos de controle ou com outros ramos da instituição, otimização/integração da atuação das Promotorias/Procuradorias de Justiça, diálogos com o Poder Judiciário, educação continuada de membros e servidores etc.).

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: ESMPU, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 593727/MG**, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **MS 27.744**, rel. min. Luiz Fux, j. 6 maio 2014.

BUCHMANN, Willian. **Ministério Público, participação social e políticas públicas**. In: Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Princípio da independência funcional e planejamento estratégico do Ministério Público**. Revista dos Tribunais, vol. 955, maio/2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo; GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Ministério Público social**. Revista de processo, vol. 177, nov./2009.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. **Ministério Público Resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional.** Revista dos Tribunais, vol. 982, ago./2017.

CAVALCANTI, Felipe Locke. **O papel do CNMP e os desafios da instituição MP.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 75.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Prêmio CNMP 2016:** Ministério Público, um projeto, muitas conquistas: projetos premiados. Brasília: CNMP, 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **O Ministério Público e a utopia.** In: Direito e justiça. Estudos em homenagem a Gilberto Giacoia. Org. Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf. Curitiba: Ministério Público, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil:** 1º semestre de 2016. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 fev. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Missão Institucional do Ministério Público.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 1, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 731, jan. 2013/abr. 2013. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2017.

SADEK, Maria Tereza. Cidadania e Ministério Público. **Justiça e Cidadania no Brasil.** Rio de Janeiro, v. 1, 2009.

WALTRICK, Emiliano Antunes Motta. Ministério Público. **Investigação criminal, controle externo da atividade policial e seu protagonismo na definição de políticas criminais.** Revista jurídica do MPPR, vol. 4, agosto/2016.

O NEOPROCESSUALISMO COMO UMA VERTENTE DO MODERNO PROCESSO CONSTITUCIONAL

JOSÉ ILTON LIMA MOREIRA JÚNIOR¹

RESUMO

O presente artigo apresenta ponderações jurídicas sobre o instituto do neoprocessualismo à luz do processo constitucional moderno. Nesse sentido, o processo, como procedimento que visa realizar a tutela jurisdicional justa, vem sofrendo fortes influências dessa renovação de pensamento jurídico. Passa-se a entender os institutos e as categorias processuais à luz da *Lex Fundamental*. De forma alguma pretendemos esgotar o assunto, mas apenas trazer alguns questionamentos para o desenvolvimento do tema.

PALAVRAS-CHAVE: princípios. Neoprocessualismo. constituição.

ABSTRACT

This article presents legal considerations about the institute of neoprocessualism in light of the modern constitutional process. In this sense, the process, as a procedure aimed at achieving fair judicial protection, has been strongly influenced by this renewal of legal thinking. The institutes and procedural categories are now understood in the light of the *Lex Fundamental*. In no way we intend to exhaust the subject, but only bring some questions to the development of the theme.

KEYWORDS: principles. Neoprocessualismo. constitution.

1 CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

Hodiernamente, a sociedade brasileira está vivenciando uma nova fase de compreensão do Direito Constitucional e, conseqüentemente, de todos os institutos infraconstitucionais, já que estes são desdobramentos da Constituição Federal. Esse novo momento no pensamento jurídico contemporâneo vem sendo caracterizado pela doutrina pátria a partir das seguintes manifestações:

a) **Reconhecimento da força normativa da Constituição Federal:** a Constituição passa a servir como principal condutor normativo do ordenamento jurídico. Isso quer dizer que deixa de ser vista como uma carta de propósitos para ser considerada uma carta com caráter jurídico imperativo. Eduardo Cambi esclarece que:

¹ Promotor de Justiça do MPPA. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Se a Constituição vale como uma lei, as regras e os princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e efetivamente as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos. Com efeito, o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam normas constitucionais programáticas que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa.²

b) **Desenvolvimento da teoria dos princípios:** nesse ponto, o caráter normativo da Constituição é estendido também para os princípios constitucionais e enunciados relacionados aos direitos fundamentais. Assim, Didier afirma que “o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica.”³

Destacam-se aqui, especialmente, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além do princípio da dignidade da pessoa humana, todos passando a funcionar como vetores de interpretação da Constituição. Desse modo, havendo conflito entre direitos fundamentais deve-se utilizar a proporcionalidade e a razoabilidade para fazer prevalecer o direito fundamental que privilegie a dignidade da pessoa humana.

c) **A expansão da jurisdição constitucional:** caracterizado pelo desenvolvimento dos estudos sobre jurisdição constitucional. Notadamente, o desenvolvimento dos controles de constitucionalidade difuso e concentrado.

d) **Desenvolvimento e transformação da hermenêutica jurídica:** aqui há o reconhecimento do papel normativo e de produção da atividade jurisdicional. Segundo Didier:

[...] a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes. Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre *texto e norma*, sendo essa o produto da interpretação daquele.⁴

A essa fase constituída pelo conjunto dessas características, que podem ser mais amplas ou restritas a depender do referencial teórico adotado, deu-se o nome de *neoconstitucionalismo* ou, para alguns, *pós-positivismo*.

² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

³ DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: https://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos

⁴ DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: https://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos

Não há dúvidas de que o Direito Processual sofreu e vem sofrendo influências dessa nova visão sobre o Direito Constitucional. Primeiramente, de modo sucinto, faz-se necessário entender o desenvolvimento histórico do Direito Processual.

A doutrina majoritária entende que o Direito Processual pode ser historicamente dividido em três fases. A **primeira fase** foi a do sincretismo ou praxismo. Nesse período o processo não era estudado com rigores científicos, não havendo distinções entre o direito material e o processo. A **segunda fase** foi a do processualismo, marcado pelo desenvolvimento científico do direito processual com a consequente divisão de limites com o direito material. E a **terceira fase**, conhecida como instrumentalismo, significou o desenvolvimento da ideia de que, apesar de independente do direito material, o direito processual visa concretizar e efetivar àquele.

Ocorre que, devido as transformações ocorridas com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo e suas influências sobre o Direito Processual, a doutrina vislumbra hoje uma **quarta fase** evolutiva, conhecida como *neoprocessualismo*.⁵ Este termo significa o estudo do Direito Processual com base no aporte teórico visto acima referente ao neoconstitucionalismo. Dessa forma, tem-se uma concepção teórica que visa aplicar ao processo as premissas desenvolvidas pelo neoconstitucionalismo. Trata-se de uma ressignificação dos institutos e das categorias processuais à luz da Constituição Federal.

O *neoprocessualismo* é caracterizado também pelo fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, que traz em seu âmago o caráter publicístico do processo.

Existem doutrinadores que optaram por outra terminologia no trato dessa nova fase processual. Didier esclarece que:

Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta *fase* do desenvolvimento do direito processual de *formalismo-valorativo*⁶, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do *formalismo processual*.⁷

Apesar de existir alguma divergência sobre a nomenclatura, o conceito defendido pelo formalismo-valorativo é muito parecido com o do *neoprocessualismo*, somando-se a valorização da boa-fé e da ética processual. Assim, pode-se entender que se trata do

⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: https://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, 2006., também publicado em DIDIER Jr., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 125-150. A propósito do tema, ver, ainda, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: https://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos

mesmo instituto, pois a partir do momento que a premissa do neoprocessualismo é a constitucionalização dos direitos e garantias processuais, não se pode deixar de enxergar nesse novo entendimento do sistema processual a defesa da boa-fé e da ética em qualquer tipo de processo, porque são valores defendidos principiologicamente pela Constituição Federal. Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal extraiu o princípio da boa-fé do princípio constitucional do Devido Processo Legal. Observe-se:

[...] considerou-se que o curso do processo deveria ser corrigido pelo STF, em razão da concretização do princípio do devido processo legal, o qual lastreia um rol de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegurando que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.⁸

Destarte, como boa parte dos princípios processuais está consagrada em nossa *Lex Suprema*, de maneira especial no Título que trata dos Direitos Fundamentais, fala-se hoje em direitos fundamentais processuais. É a aproximação entre o processo e a Constituição:

A Constituição brasileira de 1988 ao contemplar amplos direitos e garantias fundamentais tornou constitucional os mais importantes fundamentos dos direitos materiais e processuais (fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional). Deste modo, alterou-se, radicalmente, o modo de construção (exegese) da norma jurídica. Antes da constitucionalização do direito privado, como a Constituição não passava de uma Carta Política, destituída de força normativa, a lei e os códigos se colocavam no centro do sistema jurídico.⁹

O neoprocessualismo tem ainda um papel de desapego ao exagerado formalismo processual. Nesse sentido, Cambi assevera:

O *neoprocessualismo* procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. Para tanto, é indispensável enfrentar o problema do *fetichismo das formas*. O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção dos direitos fundamentais.¹⁰

⁸ Informativo 445 do STF. AI 529733/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.10.2006. (AI-529733).

⁹ CAMBI, Eduardo. *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

¹⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Pelo exposto, tem-se que o neoprocessualismo anseia por uma ordem jurídica justa, objetivando constituir técnicas processuais adequadas e afinadas com os princípios constitucionais processuais para uma melhor consecução dos direitos materiais.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Nesse momento, torna-se oportuno discorrer sobre alguns dos principais princípios constitucionais processuais sob a ótica do neoprocessualismo.

Como ponto introdutório, inicialmente faz-se essencial uma análise a partir dos direitos fundamentais, devido a sua intrínseca relação com tais princípios. Os direitos fundamentais são considerados de dupla dimensão. A primeira dimensão é a denominada subjetiva, pois o foco está no sujeito titular de direitos subjetivos. E a segunda dimensão é a objetiva, que se refere a valores consagrados na ordem jurídica, os quais devem nortear a interpretação de todo o ordenamento jurídico.¹¹

Destarte, o processo deve efetivar os direitos fundamentais e ao mesmo tempo estruturar-se conforme esses direitos. Nessa esteira, Didier exemplifica que:

No primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (...). No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a *igualdade* das partes e o contraditório.¹² (grifo nosso).

É sobremaneira importante destacar a aplicabilidade imediata de normas e princípios consagradores dos direitos fundamentais, conforme disposto no art. 5º, § 1º, da Carta Política de 1988. O regramento principiológico constitucional processual deve estar em conformidade com o referido parâmetro de aplicabilidade da norma, no sentido de buscar a melhor tutela dos direitos materiais.

Um dos principais princípios constitucionais processuais é o Devido Processo Legal. Considerado o princípio base de todos os outros, originou-se da expressão inglesa *due process of law*, tendo sua primeira previsão normativa na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215.¹³ É considerado pela doutrina como o:

conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.¹⁴

¹¹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

¹² DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

¹³ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

¹⁴ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil: curso completo*. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

O devido processo legal é um princípio de fundamental importância, porque visa legitimar o processo, sendo uma enorme garantia para as partes e para o próprio Estado.

A doutrina entende que o referido princípio possui duas dimensões, uma material ou substantiva e outra formal. A dimensão material caracteriza-se pela sua correspondência ao princípio da proporcionalidade:

As decisões jurídicas hão de ser, ainda substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno.¹⁵

Demais disso, sob a ótica material do devido processo legal em conjunto com as características da proporcionalidade, as decisões judiciais devem ser adaptadas para cada caso concreto, havendo várias situações no processo civil em que sua aplicação é clara, por exemplo, na fixação de valores de multas processuais, na concessão de provimentos liminares, na quebra de sigilos bancários, na utilização do poder geral de cautela, entre outras.¹⁶ Já sob a ótica formal, o devido processo legal é a garantia do poder de processar e ser processado conforme normas previamente estabelecidas.

A Carta Magna de 1988 previu expressamente o princípio do devido processo legal, conforme consta no art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.¹⁷ É importante salientar que este princípio materializa vários outros, a saber, juiz natural, contraditório, ampla defesa, acesso à justiça.

Outro princípio constitucional processual importantíssimo é o referente à **igualdade entre as partes**. Este princípio revela que os litigantes devem receber tratamento processual isonômico. As partes devem ter condições de litigar com paridade de armas durante o desenlace da lide processual.

Não se pode olvidar ainda do **princípio do contraditório**, que tem previsão no art. 5º, inciso LV, da *Lex Maxima*, o qual menciona: “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”.¹⁸ Tal princípio também se desdobra em duas dimensões, uma substancial e outra formal. A primeira traduz a garantia e possibilidade de influência na decisão do magistrado, já a segunda significa o direito de participação em

¹⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

¹⁶ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

audiências, além da garantia quanto à ciência de todos os atos processuais.

Outro princípio relevante é o da **adequação e adaptabilidade do procedimento**. Esse princípio caracteriza-se pela possibilidade de o juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento para melhor se amoldar às peculiaridades do feito. A doutrina entende que fora essa dimensão voltada para o magistrado na esfera processual, existe também uma dimensão pré-jurídica processual, que deve servir como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato. Nesse sentido, Didier esclarece que didaticamente seria melhor nomear o momento pré-jurídico de princípio da adequação, enquanto o segundo momento, de cunho processual, de princípio da adaptabilidade.¹⁹

O princípio da adequação possui, segundo a doutrina, três aspectos de muita relevância. O primeiro aspecto refere-se à **adequação objetiva**, indicando que adequado será o direito tutelado pelo processo. Assim, direitos distintos merecem tratamentos distintos. O legislador deve, então, observar a natureza do direito material, que, dependendo da relevância, vai impor uma tutela mais efetiva; observar também a forma como se apresenta o direito material no processo; além da situação das urgências. Com efeito, pode-se elencar a tutela antecipada, o mandado de segurança, etc. O segundo aspecto refere-se à **adequação subjetiva**, que se refere à adequação do processo aos sujeitos processuais, por exemplo, têm-se os prazos diferenciados para quando a parte processual for a Fazenda Pública. E o terceiro aspecto diz respeito à **adequação teleológica**, segundo a qual o processo deve estar adequado a sua finalidade, por exemplo, o procedimento dos Juizados Especiais deve estar adequado aos valores da celeridade e efetividade.²⁰

Já o princípio da adaptabilidade garante ao magistrado poderes para adequar o procedimento às peculiaridades do caso em concreto, além de permitir a correção de procedimentos considerados inconstitucionais por macular algum dos direitos fundamentais processuais. Caso um procedimento, por exemplo, não preveja o contraditório ou não garanta a ampla defesa, o magistrado pode determiná-los até mesmo de ofício, pois estaria, dessa forma, efetivando direitos fundamentais.²¹

Didier menciona ainda que, segundo o princípio da adaptabilidade ou elasticidade do procedimento, cabe:

(...) ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.²²

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

²⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

²¹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

²² DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

Dessa forma, se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, principalmente resguardando os princípios constitucionais processuais, deve o magistrado se esforçar para manter essa integridade, pois apenas assim estará cumprindo sua função social.

Em nosso ordenamento jurídico podem ser encontradas várias normas que preveem a adequação do procedimento, a saber, julgamento antecipado da lide, possibilidade de inversão do ônus da prova nas lides consumeristas, etc.

Além dessas manifestações legais, existem doutrinadores que entendem que caberia a utilização do princípio da adequação judicial mesmo na ausência de previsão legal anterior. Infere-se a ideia de que a adequação é um direito fundamental, logo o órgão jurisdicional deve efetivá-la quando estiver diante de uma regra procedimental incompatível, que possa vir a impedir a efetivação de um direito fundamental em um caso concreto, por exemplo, um direito fundamental à prova.²³²²

Resta claro, assim, que a elasticidade do procedimento para as situações exigidas na causa é de fundamental importância para a realização dos fins do processo. Todavia, não deve o magistrado se afastar do constante contraditório, avisando sempre às partes sobre mudanças procedimentais para que as mesmas possam ofertar possíveis manifestações.

Outro princípio constitucional processual é o da **instrumentalidade**. A marca desse princípio é a consideração de que o processo é não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a tutela do direito material. Dessa forma, o processo não pode ser neutro em relação ao direito material, pois ambos estão intimamente interligados. Sobre o assunto, Didier esclarece que:

O Direito só é após ser produzido. E o Direito se produz processualmente. Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de coprotagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais não de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às regras do direito material.²⁴²³

Muitos doutrinadores entendem a relação do direito material com o processual em um aspecto circular. Essa teoria ficou conhecida como *teoria circular dos planos processual e material*. É o entendimento de que ao processo cabe a realização do direito material em uma relação de complementaridade.²⁵²⁴ Didier faz uma ótima comparação com a relação

²³ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

²⁴ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

²⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

existente entre o arquiteto e o engenheiro: “O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desses sonhos”.²⁶

Notadamente, pode-se observar que o direito processual deve ser guiado pelos valores do direito material, sobretudo quanto aos valores constitucionais em todos os seus aspectos, desde a sua criação até a aplicação, sempre primando pela verdadeira justiça social.

O último princípio constitucional processual que elencaremos e que tem uma presença forte do neoprocessualismo refere-se ao cooperativismo processual ou **princípio da cooperação**. O referido princípio caracteriza-se pelo comportamento cooperativo de todos os envolvidos no processo, orientando também o magistrado a ser um agente em constante colaboração nos autos, participante ativo no contraditório.²⁷ A ideia é baseada tanto na ampliação dos poderes instrutórios do magistrado como também em uma nova postura deste diante das partes, aumentando o diálogo, esclarecendo e tirando dúvidas sempre que necessário.²⁸

Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso).²⁹

Esse princípio, segundo a doutrina, gera alguns deveres ao magistrado. O primeiro refere-se ao **dever de esclarecimento**, segundo o qual o magistrado deve esclarecer eventuais dúvidas que tenha sobre alegações, pedidos ou posições em juízo pelas partes, evitando decisões ou atos equivocados. O segundo refere-se ao **dever de consultar**, pelo qual o magistrado não pode decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que tal questão possa ser conhecida de ofício, sem que as partes sejam intimadas a se manifestar sobre tal decisão. O terceiro refere-se ao **dever de prevenir**, que se resume no dever do magistrado de apontar as deficiências ou erros das manifestações para evitar a extinção do processo quando o defeito processual puder ser suprido.³⁰ O CPC de 2015 apresenta muitos desses princípios em seu corpo processual, como podemos observar no art. 10:

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

²⁶ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

²⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

²⁸ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

²⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

³⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

Conforme visto, o neoprocessualismo traz um novo olhar sobre o Direito Processual a partir da perspectiva constitucional. Assim, o processo deve visar à implementação dos direitos fundamentais e à valorização dos princípios constitucionais processuais. O rigor processual deve ser atenuado em benefício do direito material, que é o fim principal do processo. Dessa forma, esse novo paradigma é necessário e útil para a realização da justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIN NETTO, José Manoel de Arruda. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. 1 v.

BOAVENTURA, de Sousa Santos. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/98_Introducao%20a%20sociologia%20da%20adm%20justica_RCCS21.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento 529733/RJ*. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

BRASIL. *Embargos Declaratórios no Recurso Especial 1189458/RJ*. Relator: Humberto Martins. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: www.presidencia.gov.br.

BRASIL. *Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Dispõe sobre o antigo Código de Processo Civil – substituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: www.presidencia.gov.br/legislacao.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

CAMBI. *Leituras complementares e processo civil*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CAMBI. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. vol. 1.

DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos.

DIDIER Jr.. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DIDIER Jr. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2008. 2 v.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ESPÍNOLA, Eduardo; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. 2 v.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, out./dez. 2007. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf.

GUSMÃO, Manoel Aureliano. *Processo civil e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1924. 2 v.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Função Social do Processo Civil Moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na Instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, **São Paulo**, n. 137, p. 42-50, mar./jun. 2006.

REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. *Verdade Material, Neoprocessualismo, Cooperação Intersubjetiva e o Direito Fundamental à Ordem Jurídica justa*. Disponível em: www.lfg.com.br.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CONTRIBUTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DIEGO LIBARDI RODRIGUES¹

JAMILA JOB LIBARDI²

“O objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas. A filosofia do direito precisa enormemente dessa mudança de direção. A filosofia do direito precisa tornar-se mais pragmática”. (POSNER, 2007, p. 520).

RESUMO

O presente artigo dedica-se ao estudo da análise econômica do direito enquanto contributo para a concretização dos direitos fundamentais no Brasil. Os direitos têm custos e existe um limite para o que é razoável e possível do cidadão exigir do Estado e da sociedade. Assim, a reserva do possível impõe-se como uma inescusável barreira a ser enfrentada no atual cenário de escassos recursos financeiros do país. Para tanto, o estudo da análise econômica do direito possibilita aos Poderes Públicos assumirem uma postura mais produtiva e eficiente na busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Por fim, busca-se a partir deste paralelo entre a análise econômica do direito e a reserva do possível demonstrar que esta matriz teórica pode, por meio da sua racionalidade e pragmatismo, contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: análise econômica do Direito. Direitos Fundamentais. custo dos Direitos. reserva do possível.

ABSTRACT

The present article is dedicated to the study of the economic analysis of law while contribution to the concretization of fundamental rights in Brazil. The rights have costs

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará (MPPA). Mestre em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA-RS). Especialista em Direito Tributário, Econômico e Financeiro pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE-RS). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

² Advogada e Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade IDC. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Diplomada da ADESG/RS.

and there is a limit for what is reasonable and possible to citizens demand from the state and the society. Thereby, the theory of the reserve of the possible imposes itself as an inexcusable barrier to be faced in the current scenario of scarce financial resources in the country. For such, the study of the law and economics enables the Public Authorities to assume a more productive and efficient posture in the search for the realization of the fundamental rights. Finally, it seeks from this parallel between the economic analysis of law and the theory of the reserve of the possible to demonstrate that this theoretical matrix can, through its rationality and pragmatism, contribute to the realization of fundamental rights.

KEYWORDS: law and economics. Fundamental Rights. costs of Rights. reserve of the possible.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o estudo da análise econômica do direito enquanto contributo para a efetivação dos direitos fundamentais no atual modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro.

O “mundo jurídico” precisa tomar a sério o custo dos direitos fundamentais e, igualmente, considerar a escassez dos recursos públicos. Para tanto, é preciso ter em mente que a concretização dos direitos fundamentais implica em gastos públicos. Pois a falsa ideia de que alguns direitos nada custam, ou são gratuitos, gera irresponsabilidade no seu exercício.

Também é indene de dúvidas que os recursos públicos são limitados. Assim, tendo em vista que as despesas públicas devem limitar-se pela receita do Estado, é preciso reconhecer que devem haver limites às prestações públicas sindicáveis pelos cidadãos, buscando-se o equilíbrio orçamentário.

Nessa esteira, propõe-se a presente discussão com vistas a mudar o paradigma normativista de atuação dos Poderes Públicos pátrios, utilizando-se da análise econômica do direito como referencial teórico capaz de fornecer ferramentas para uma atuação mais produtiva e eficiente em prol da efetivação dos direitos fundamentais.

Desta forma, busca-se uma perspectiva mais adequada ao cenário nacional de escassos recursos financeiros, com os quais os Entes Públicos devem atender as necessidades da sociedade brasileira que tendem ao infinito.

Na tentativa de contribuir com o grande desafio de solucionar a atual falta de efetividade dos direitos fundamentais, o presente trabalho faz uso de conhecimentos da ciência do direito e da ciência econômica. Pois a hermenêutica jurídica não pode continuar a desconsiderar as teorias econômicas, uma vez que a implementação dos direitos fundamentais importa em custos ao Estado e envolve relações econômicas.

O jurista contemporâneo não pode contentar-se simplesmente com a análise jurídico-interpretativa de uma norma legal ou regulamentar, desconsiderando a realidade que o circunda, sendo indiferente ao custo das prestações sociais e a realidade econômico-financeira da sociedade em que habita. Logo, é necessário que seja observada toda a conjuntura pluridimensional na qual a norma jurídica se insere.

Destarte, para levar a cabo o objetivo proposto, se propõe uma investigação do tipo jurídico-descritivo, com viés propositivo, inserida em uma linha crítico-metodológica e na vertente jurídico-sociológica.³ A presente análise consiste em uma visão pragmática e funcional das questões jurídicas, que busca otimizar o agir dos Poderes Públicos na efetivação dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Com tal escopo, inicialmente, aborda-se a análise econômica do direito, a sua conceituação, histórico, metodologia e concepções. Demonstra-se, aqui, que os paradigmas desta ferramenta interpretativa repousam na racionalidade econômica que indica entre seus valores a busca pela eficiência em seu amplo sentido.

Na sequência, analisa-se a questão do custo dos direitos e as consequentes limitações orçamentárias ao agir estatal, em cotejo com as noções de mínimo existencial e da reserva do possível. Ainda, trata-se de como os Poderes Públicos podem, com o uso da análise econômica do direito, atuar de modo mais eficiente na permanente busca de avanços na concretização dos direitos fundamentais. Logo, neste título, destaca-se o uso da ‘Law and Economics’ como importante ferramenta no processo de ponderação nos casos concretos que envolvem direitos fundamentais.

Ao final, são feitas algumas proposições de como a análise econômica do direito pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, sem ter a pretensão de esgotar tema de tamanha envergadura.

2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1 Histórico

Inicialmente, para o melhor entendimento do presente trabalho é necessário construir-se uma adequada base teórica acerca do racionalismo econômico, pois a análise econômica do direito utiliza deste raciocínio na sua matriz teórica.

De um modo um tanto simplista, a Economia pode ser conceituada como “a ciência social que estuda a administração dos recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos”.⁴ Desta forma, as teorias econômicas objetivam explicar o comportamento humano como encadeamentos do raciocínio lógico.⁵

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁴ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Manual de Economia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 05.

⁵ Id., 2003.

Nesse diapasão, Pinho e Vasconcellos ensinam que:

Baseados nos postulados da teoria existentes, formulam-se as hipóteses a respeito de como qualquer realidade se comporta. Deduzem-se as implicações e os resultados decorrentes dessas hipóteses e confrontam-se com a evidência dos dados de observação coletados da realidade. Finalmente, desse confronto tiram-se as conclusões: ou a teoria explica satisfatoriamente o comportamento da realidade econômica ou deve-se formular uma teoria alternativa e mais adequada.⁶

Dentre todas as teorias econômicas existentes, a que interessa para o presente estudo é o racionalismo econômico que criou a figura do homem econômico “cujas ações sempre racionais derivam exclusivamente de seus interesses econômicos dentro da sociedade”.⁷

Todavia, mesmo adotando-se esta linha de raciocínio e sabendo-se que a premissa da busca do auto-interesse é uma atitude racional, não se pode excluir deste contexto que as ações humanas são orientadas por valores éticos, pois,

considerar qualquer afastamento da maximização do auto-interesse uma prova de irracionalidade tem de implicar uma rejeição do papel da ética na real tomada de decisão.⁸

Por um período longo de tempo, os economistas, baseados em uma leitura parcial e ideológica da obra de Adam Smith, compreenderam que o comportamento econômico real consiste efetivamente em atos orientados apenas pela busca do interesse pessoal.⁹

Sob esta ótica, o conceito de racionalidade como maximização do auto interesse é uma boa descrição do que as pessoas efetivamente fazem quando lidam com questões econômicas.¹⁰ Contemporaneamente, a psicologia explicou o comportamento do homem de uma maneira um tanto diferente:

[...] na hora de correr um risco ou de evitá-lo, nossa decisão não é guiada apenas pela consideração de chances efetivas de sucesso ou fracasso, mas outros fatores menos ‘racionais’ (em particular, o medo de perder) tornam-se determinantes. Quando se trata de ganhar, nossa aversão ao risco é muito maior do que quando se

⁶ Id., 2003, p 5.

⁷ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Manual de Economia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 05.

⁸ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 31.

⁹ Para uma releitura da obra de Adam Smith, no que atine as questões entre ética e economia, ver: SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 31.

¹⁰ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

trata de perder. Em outras palavras, não é para ganhar, mas para não perder que estamos dispostos a mais sacrifício.¹¹⁹

Com efeito, pode-se dizer que o ser humano se orienta por critérios de custo e benefício, e que as suas ações revelam um comportamento padrão que pode ser projetado. Este modo-de-ser do homem econômico, esta conduta racionalmente econômica, tem raízes fincadas em conjunturas filosóficas, econômicas e sociológicas dos séculos passados, que, posteriormente, serviram de base e permitiram o surgimento da análise econômica do direito.¹²

Dentro destas conjunturas de fatores complexos, o utilitarismo, a ação racional e o liberalismo, são indispensáveis ao entendimento do presente estudo.

Sob uma conjuntura filosófica, o utilitarismo explica as condutas humanas a partir de critérios de prazer-felicidade e dor-sofrimento. Assim, as pessoas atuam normalmente em prol da maximização de sua felicidade e prazer, afastando-se sempre que possível dos acontecimentos que lhe tragam dor e sofrimento.¹³

Deste modo, uma ação está em conformidade com o princípio da utilidade quando ela tende a aumentar a felicidade e o prazer dos indivíduos mais do que tende a diminuí-los. Em Economia, o utilitarismo pode ser entendido como o princípio no qual o que determina se uma decisão ou ação é correta é o benefício intrínseco exercido à coletividade, ou seja, quanto maior o benefício, melhor será a decisão ou ação.¹⁴

Na perspectiva da sociedade, o utilitarismo traz a ideia de que a felicidade coletiva corresponde ao somatório das felicidades individuais. Não há aqui nenhuma preocupação pelas diferenças intrínsecas a cada pessoa, todas são condensadas em um padrão de felicidade e de necessidades. Logo, o planejamento governamental utilitarista ocupa-se da padronização dos desejos de todas as pessoas em um único sistema coerente de desejos, que busca maximizar o bem-estar social.¹⁵

Em uma conjuntura sociológica, o comportamento do homem enquanto membro de um grupo social caracteriza-se pela ação recíproca entre os indivíduos. Estas relações são estudadas pela sociologia, que consiste na “ciência voltada para a compreensão e para a interpretação do comportamento social”,¹⁶ aonde o comportamento social “é a ação referente ao comportamento de outrem e orientada na direção de sujeitos agentes”.¹⁷

¹¹ CALLIGARIS, Contador. O fim do ano e o medo de perder. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. E-8, 29 dez. 2005.

¹² SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹³ Id., 1999. Os primeiros teóricos doutrinadores do utilitarismo foram Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Estes sistematizaram o princípio da utilidade e conseguiram aplicá-lo às questões concretas como sistema político, legislação, justiça e política econômica. In: SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹⁴ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹⁵ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. Ética e economia: impactos na política, no direito e nas organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

¹⁶ CASTRO, Celso Pinheiro de. *Sociologia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985. p. 63.

¹⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: UNB, 1994. v. 1, p. 63.

Desta feita, a ação racional orientada pelo fim é aquela que se coaduna com o racionalismo econômico, é:

uma *ação que deve chamar-se ‘economicamente orientada’ na medida em que seu sentido subjetivo está orientado pelo desejo de obter certas utilidades.*¹⁸

Assim, as utilidades devem ser compreendidas como “probabilidades (reais ou supostas) concretas e particulares de aplicabilidade presente ou futura, consideradas como tais por um ou vários agentes econômicos.”¹⁹

Por fim, a conjuntura econômica (‘liberalismo’), basilar para o desenvolvimento da análise econômica do direito, desenvolveu-se a partir da obra de Adam Smith, em 1776, intitulada “A Riqueza das Nações”.²⁰ Esta obra demonstra que a riqueza das nações resulta do trabalho dos indivíduos que, na busca dos seus interesses particulares, acabam promovendo involuntariamente a ordem e o progresso de uma nação. Segundo Smith:

Não é da benevolência do padeiro, do açougueiro ou do cervejeiro que eu espero que saia o meu jantar, mas sim do empenho deles em promover seu próprio auto-interesse. Nós nos dirigimos não a sua humanidade, mas a seu auto-interesse (self-love), e nunca falamos-lhes de nossas próprias necessidades, mas de suas vantagens.²¹

Neste cenário, a vida em sociedade pode ser funcional em virtude dos mecanismos centrados no sistema da concorrência, pois:

Cada pessoa em busca de melhorar a si mesma, sem pensar nos demais, depara-se com uma legião de outras pessoas com motivações semelhantes. Como resultado, cada agente do mercado, ao comprar e vender, é forçado a equiparar seus preços aos oferecidos pela concorrência.²²

Para um adequado estudo do comportamento do homem econômico é necessário considerar este homem enquanto membro de um grupo social. Desta forma, o comportamento do indivíduo nos grupos sociais é o resultado dos fatores e forças exercidos sobre ele. In: WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: UNB, 1994.

¹⁸ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: UNB, 1994. p. 46.

¹⁹ Id., 1994, p. 41.

²⁰ CALIENDO, Paulo A. Direito Internacional privado e a análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

²¹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1983 e 1997. p. 50.

²² HEILBRONER, Robert e THUROW, Lester. *Entenda a Economia*: tudo o que você precisa saber sobre como funciona e para onde vai a economia. Tradução de Tomás Rosa Bueno. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p.31.

Para além disso, o mercado concorrencial também teria a função da condução “da produção dos bens que a sociedade quer, nas quantidades que ela quer, sem que ninguém jamais emita qualquer ordem a respeito”,²³ uma vez que são as pressões do mercado consumidor que dirigem as atividades egoístas dos indivíduos, levando-os por caminhos socialmente responsáveis.²⁴

Todavia, apesar dos argumentos econômicos e políticos liberais, Smith destacava o dever de lealdade no mercado, pois:

[...] na corrida pela riqueza, honras e privilégios, poderá correr o mais que puder, tensionando cada nervo e cada músculo, para superar todos os seus competidores. Mas, se empurra ou derruba qualquer um deles, a tolerância dos espectadores acaba de todo.²⁵

As obras de Adam Smith e o liberalismo econômico, desse modo, vertem do desenvolvimento do racionalismo econômico nas sociedades modernas.²⁶

A análise econômica do Direito também se desenvolveu sob os auspícios do realismo jurídico dos Estados Unidos da América. Este realismo caracterizava-se precipuamente pela compreensão do Direito a partir das decisões judiciais.²⁷

Sob esta perspectiva:

O juiz tem postura mais ativa. Ele não revela nem descobre a lei; ele a cria. O realismo jurídico é marcado por intenso ceticismo. Duvida-se das possibilidades de decisões jurídicas produzidas

²³ Id., 2001, p. 31.

²⁴ Id., 2001.

²⁵ SMITH, Adam. *A Teoria dos Sentimentos Morais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 104.

Na referida obra, Smith sustenta que a intervenção do Estado na economia deveria ocorrer apenas para evitar os monopólios que impedem a livre circulação das mercadorias, garantir a lei, a segurança, a propriedade, a proteção à saúde, e incentivar a educação dos trabalhadores. Segundo a sua proposta econômica, o indivíduo deve ser libertado das amarras da ajuda Estatal para procurar o máximo dos benefícios do mercado, como assalariado e como trabalhador, otimizando a sua satisfação e utilidade para retirar o melhor valor de uso do mercado. Sendo assim, pode-se dizer que a doutrina Smithiana se estrutura sobre três pilares: I) O impulso psicológico primordial do homem, como ser econômico, é o afã de lucro; II) Há a existência de uma ordem natural no universo, por meio da qual os empenhos individuais se conjugam para conseguir o bem comum; III) O melhor programa é deixar que o processo econômico dê-se por sua conta. In: SMITH, Adam. *A Teoria dos Sentimentos Morais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁶ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Por oportuno, é de se fazer justiça no sentido de que há compatibilidade entre as ideias econômicas e morais de Adam Smith, como bem leciona Amartya Sen: “O apoio que os crentes e defensores do comportamento auto-interessado buscaram em Adam Smith é na verdade difícil de encontrar quando se faz uma leitura mais ampla e menos tendenciosa da obra smithiana. Na verdade, o professor de filosofia moral e economista pioneiro não teve uma vida de impressionante esquizofrenia. De fato, é precisamente o estreitamento, na economia moderna, da ampla visão smithiana dos seres humanos que pode ser apontado como uma das principais deficiências da teoria econômica contemporânea. Esse empobrecimento relaciona-se de perto com o distanciamento entre economia e ética”. In: SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 44.

²⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Emanoel, 2004.

de acordo com regras específicas, pois a realidade seria muito complexa e fluida para ser governada por normas de direito.²⁸

No ponto, é de se observar que o referido movimento é decorrência da insatisfação com os estudos puramente dogmáticos do fenômeno jurídico. A partir de 1940, na Universidade de Chicago, Aaron Director, ressaltou a estreita ligação entre Direito e Economia. A seguir, na década de 1950, surgiram os primeiros estudos específicos a respeito da Análise Econômica do Direito. O movimento começou a ganhar força com a publicação de “The Problem of Social Cost”, de Ronald H. Coase; com Richard Posner, com a obra “Economic Analysis of Law”, ambos professores da Universidade de Chicago; e, com a obra “The Cost of Accidents”, de Guido Calabresi, de Yale. Além deles, destacam-se ainda Henry Manne, George Stigler, Gary Becker, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros que aprofundaram este diálogo entre economia e direito.²⁹

2.2 Conceituação

A análise econômica do direito trata da compreensão das normas jurídicas através de regras econômicas. O direito econômico, por sua vez, tem por objeto a regulação das ações econômicas pelo Direito. Segundo Jansen:

Assim como o Direito Econômico trata da intervenção do Estado no domínio econômico (versando, de um modo geral, sobre normas de organização), a Análise Econômica do Direito, voltada

²⁸ Id., 2004, p. 230.

²⁹ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

“A origem da discussão contemporânea de Direito e Economia encontra-se nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcbi, que apontaram novos aspectos e questões para o tratamento da relação entre Direito e Economia, e, mais recentemente, na Teoria das Organizações. O primeiro, ganhador do Nobel de Economia, demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. Coase explicou a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos. Segundo o Teorema de Coase, em mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercem influência no desempenho econômico. Ocorre que, como asseverou Coase, esse é o mundo da *blackboard economics*. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos. Guido Calabresi, jurista da Universidade de Yale, por sua vez, demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial. Sua obra inseriu explicitamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões. Trimarcbi tratou de ajustar ao direito continental europeu, especificamente o italiano, as regras desenvolvidas para o sistema do direito consuetudinário, demonstrando a possibilidade de, igualmente, no que concerne ao direito codificado, adotarem-se critérios que induzam as pessoas a buscar eficiências alocativas. Tais autores deram o passo inicial para a fundação do movimento de *Law and Economics*, desenvolvido, posteriormente, com a contribuição de Richard Posner, Gary Becker e Henry Manne.” In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.02.

prioritariamente, para o exame das normas de conduta, dedicar-se-ia ao estudo da “intervenção” da Economia no Estado.³⁰

No ponto, impende destacar que a análise econômica do direito trata da “tentativa de compreender o universo jurídico partindo de pressupostos econômicos, ou melhor, sob o enfoque, o ângulo de visão da economia”,³¹ referindo-se assim, “a aplicação do raciocínio econômico à problemática jurídica”.³²

Complementarmente, Díaz explica que “a análise econômica do direito não constitui uma análise do tipo normativa, mas sim um método para analisar aquelas condutas humanas que se encontrem relacionadas, de algum modo, com o direito”.³³

Portanto, o movimento filosófico denominado análise econômica do direito visa compreender, com base no racionalismo econômico, o comportamento humano decorrente tanto de normas jurídicas gerais e abstratas, como de normas individuais e concretas.³⁴

Em suma, o sentido que se deve ter da análise econômica do direito e dos seus postulados são bem explicitados por Caliendo:

Esta tem sido entendida, de modo geral, como sendo a utilização da teoria econômica e métodos econométricos para o exame do Direito e instituições jurídicas. [...]

A complexidade e o desenvolvimento da análise econômica do Direito são bastante significativos, de modo sintético, poder-se-ia dizer que existem duas formas básicas de análise: descritiva e normativa. Dito de outro modo, trata-se de duas abordagens distintas a fundamentação do Direito pela Economia, ou a verificação da função exercida pelas instituições jurídicas.

A análise econômica do Direito em sentido descritivo trata da aplicação de conceitos e métodos não-jurídicos no sentido de entender a função do Direito e das instituições jurídicas, tais como: a aplicação da teoria dos jogos ou da teoria das escolhas públicas (public choice).

Há, por outro lado, a análise econômica do Direito que pretende não apenas descrever o Direito com conceitos econômicos, mas encontrar elementos econômicos que participam da regra de formação da teoria jurídica. Desse modo, os fundamentos da eficácia jurídica e mesmo da validade do sistema jurídico deveriam ser analisados tomando em consideração valores econômicos, tais

³⁰ JANSEN, Letácio. *Introdução à Economia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3.

³¹ FARIA, Guiomar T. Estrella Faria. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 13.

³² Id., 1994, p. 14.

³³ DIAZ, José Ramón Cossio. *Derecho y Análisis Económico*. México: Instituto Tecnológico Autônomo do México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 228.

³⁴ CALIENDO, Paulo. *Direito Internacional privado e a análise econômica do direito*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

como eficiência, entre outros.

De modo geral, são postulados da análise econômica do Direito:

- a) O individualismo metodológico, ou seja, os fenômenos coletivos devem ser explicados como resultantes de decisões individuais;
- b) Escolha racional, ou seja, as decisões individuais são entendidas como racionalmente dirigidas à maximização dos interesses individuais (benefits over costs);
- c) Preferências estáveis, postula-se que no curto prazo há a estabilidade de preferências;
- d) *Equilibrium*, entende-se que as interações na política e no direito tendem, tal como no mercado, ao equilíbrio.

O exemplo mais marcante da fundamentação econômica do Direito encontra-se com Posner no entendimento do valor eficiência como a verdadeira medida do Direito, chegando a afirmar que se você nomear uma instituição legal ele poderia demonstrar como poucos princípios fundamentais da teoria dos preços ditam a sua estrutura econômica.³⁵

Do exposto, observa-se que a análise econômica do direito se trata de uma construção formalista, construída sobre uma base realista.³⁶ Assim, a mesma não está restrita aos ramos jurídicos que tenham estrita pertinência ao ciclo econômico, podendo ser aplicada a todos os ramos do direito e a todas as condutas humanas.³⁷

Exemplificativamente, no âmbito do direito penal, Shavell aduz que:

Uma das partes cometera ou não um ato, na realidade - muito embora seja ou não socialmente desejável que o faça -, dependendo de sua percepção da possibilidade de sofrer uma sanção monetária ou não monetária. Uma das partes cometerá um ato se, e somente se, a sanção esperada for menor que o benefício que ele possa obter. Se decidir não cometer um ato, se dirá que foi dissuadido.³⁸

Em sendo assim, a análise econômica do direito apresenta ao mundo jurídico diferentes critérios para a identificação e consequente previsão das condutas que serão praticadas pelos indivíduos destinatários das normas, considerando que suas ações são racionalmente econômicas.

Em síntese, a análise econômica do direito pressupõe que:

³⁵ CALIENDO, Paulo. *Direito Internacional privado e a análise econômica do direito*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 201.

³⁶ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁷ SZTAJN; Raquel; ZYLBERSTAJN, Decio. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.

³⁸ SHAVELL, Steven. El Derecho Penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión. In: ROEMER, Andrés (compilador). *Direito y Economía: una revisión de la literatura*. México: Instituto Tecnológico Autónomo do México: Fundo de Cultura Económica, 2000. p 439.

As pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – todas as pessoas (com a exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais) em todas as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha. Como essa definição abrange o criminoso que decide se vai cometer outro crime, o litigante que decide se vai entrar em acordo ou levar um caso a juízo, o legislador que decide se vai votar contra ou a favor de uma lei, o juiz que decide como dar seu voto num caso, a parte de um contrato que decide se vai quebrá-lo, o motorista que decide se deve ou não acelerar seu carro, e o pedestre que decide com que grau de ousadia vai atravessar uma rua, (...).

Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que “racional” denota adequação dos meios a fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte de nosso conhecimento é tácita.³⁹

Desta feita, a aceitação da análise econômica para o direito brasileiro contribui, no mínimo, para um enfoque do fenômeno jurídico sobre outra perspectiva. O raciocínio jurídico brasileiro, tradicionalmente dogmático e normativista, ao tratar das complexas questões sociais atuais mostra-se superficial e ineficiente, acarretando a falta de efetividade e a desfuncionalidade dos Poderes Públicos no seu papel de efetivação dos direitos fundamentais.

2.3 Metodologia

A compreensão adequada da análise econômica do direito implica no entendimento da sua metodologia. O surgimento de um novo método de compreensão das normas jurídicas demanda um raciocínio mais generalista e analítico.

É sabido que os juristas tendem tradicionalmente a pensar em termos particulares, considerando o caso concreto, enquanto que os economistas tendem a pensar em termos matemáticos e abstratos.⁴⁰

³⁹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 474.

⁴⁰ ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Tradução de José Luis Pérez Hernández. 3. reimpr. México: Instituto Tecnológico Autónomo do México: Fundo de Cultura Econômica, 2001.

Pelo raciocínio generalizante busca-se identificar quais as consequências possíveis de uma norma, indo além do que a norma expressamente diz, preocupando-se também com o que o destinatário da norma pretende fazer em razão dela.⁴¹

Consequentemente, através desta generalização pode-se perceber que as normas apresentam externalidades.⁴² Na economia, as externalidades são efeitos que a produção ou o consumo de um bem acarreta sobre os indivíduos, apesar de este custo não refletir em seu preço.⁴³

Transpondo este conceito nitidamente econômico para a Ciência Jurídica, pode-se observar que a externalidade, agora em termos jurídicos, é o efeito que a norma tem sobre as situações que ela não prescreve, interdependentes no mundo concreto.⁴⁴

As técnicas analíticas, por sua vez, envolvem questões de microeconomia, matemática, análises de sistemas e provas estatísticas, que permitem quando da análise do direito “determinar qual norma é mais meritória para a sociedade”.⁴⁵

Com base nestas técnicas, por exemplo, pode-se decidir a respeito do limite do possível à concretização dos direitos fundamentais com base em dados concretos, e não apenas com argumentos retóricos. Sobre esta questão, Barcellos afirma que:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico das limitações dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas, significando que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.⁴⁶

Portanto, a técnica analítica permite a aproximação do fenômeno jurídico das realidades que influenciam a decisão pragmática. Como no exemplo acima, ao tratar da questão concernente à exaustão da capacidade financeira do Estado, pragmaticamente, pouco adianta a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica, se absolutamente não há dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo disponibilizado aos cidadãos brasileiros.⁴⁷

Dentre as suas concepções, tem-se a análise econômica positiva do direito voltada a explicação do mundo exatamente como ele é, para, com isso, prever como ele será.⁴⁸ É

⁴¹ Id., 2001.

⁴² ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Tradução de José Luis Pérez Hernández. 3. reimp. México: Instituto Tecnológico Autônomo do México: Fundo de Cultura Econômica, 2001.

⁴³ PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Manual de Economia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴⁴ ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Tradução de José Luis Pérez Hernández. 3. reimp. México: Instituto Tecnológico Autônomo do México: Fundo de Cultura Econômica, 2001.

⁴⁵ Id., 2001, p. 23.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236.

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁸ ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Tradução de José Luis Pérez Hernández. 3.

através desta concepção que se pode prever qual será a conduta social dos destinatários de uma norma jurídica.

A concepção da análise econômico normativa do direito, por sua vez, volta-se para as propostas que podem tornar o Direito mais eficiente. Visa a eficácia como “aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva.”⁴⁹

Deste modo, a norma jurídica é eficiente quando ela traduzir um resultado economicamente positivo. “A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os meios”.⁵⁰⁴⁸

Com tal compreensão, na permanente busca pela efetivação dos direitos fundamentais, é possível observar que a análise econômica do direito constitui relevante instrumental para os Poderes Públicos, diante do atual cenário de escassez de recursos econômico-financeiros.

3 O CUSTO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na obra de “*The Cost of Rights*”, Sustain e Holmes demonstram que todos os direitos são positivos e, por consequência, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação.⁵¹

No mínimo, todos os direitos “custam” os recursos necessários para a implementação e funcionamento da estrutura judiciária disponibilizada como esfera própria para a tutela de direitos.⁵²

De acordo com a análise jurídica tradicional, o reconhecimento da existência de um direito subjetivo é um “*prius*” em relação a qualquer verificação de suas possibilidades reais de consecução. Assim, é comum afirmar-se que uma pessoa tem direito a determinadas prestações estatais independentemente da mínima verificação das possibilidades materiais de consecução dos mesmos.⁵³

Segundo Luís Roberto Barroso:

[...] direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe

reimp. México: Instituto Tecnológico Autônomo do México: Fundo de Cultura Econômica, 2001.

⁴⁹ SZTAJN; Raquel; ZYLBERSTAJN, Decio. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005. p. 81.

⁵⁰ SZTAJN; Raquel; ZYLBERSTAJN, Decio. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005. p. 81.

⁵¹ “To the extent that rights enforcement depends upon judicial vigilance, rights cost, at a minimum, whatever it costs to recruit, train, supply, pay, and, (in turn) monitor the judicial custodians of our basic rights”. In: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost Of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London: W.W. Norton & Company, 1999. Loc. cit., p. 45.

⁵² GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁵³ GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe. Tampouco poderá invocar a não-imperatividade ou ausência de caráter jurídico da norma que o confere. Já demonstramos o desacerto desse ponto de vista (v. supra, cap. IV, item 1). Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo, no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática influenciada pela teoria geral do Direito.⁵⁴

Nesse momento, exsurge o problema das denominadas “escolhas trágicas”, que são impostas aos gestores públicos, ante a escassez de recursos financeiros para a tutela de todos os direitos fundamentais. Trata-se de um processo de escolhas *versus* sacrifícios. Isso ocorre porque as decisões (ou escolhas) acerca da alocação dos recursos para a tutela de determinados direitos implicam que outros restarão desprotegidos.⁵⁵

Na perspectiva traçada, analisa-se, a seguir, as questões atinentes a reserva do possível, ao mínimo existencial e a efetivação dos direitos fundamentais.

3.1 A reserva do possível

O princípio da reserva do possível surgiu com o advento da Constituição da República Federativa da Alemanha de 1949,⁵⁶ tendo como objetivo primordial:

Evitar a todo custo que se repetissem as condições sociais e econômicas que serviram de caldo de cultura para o surgimento de projetos políticos, como o nazismo que, em nome da correção da crise social, provocou o sacrifício das liberdades públicas e individuais da nação alemã.⁵⁷

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 107.

⁵⁵ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices* - ‘the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York/London: W. W. Norton & Company, 1978.

⁵⁶ “A expressão ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt des Möglichen*) foi difundida a partir de célebre decisão do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 1972, em caso conhecido como *Numerus Clausus* (ALEMANHA, Tribunal Constitucional, 1972), que tratou da validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. Não há, na Constituição alemã, a garantia do direito à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade profissional demandava, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino superior. Todavia, frizou que tal direito “se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Segundo a Corte germânica, tal decisão cabe primariamente ao legislador, que deve “atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade. Trata-se de conceito também empregado em outras ordens jurídicas (CANOTILHO, 2004, p. 108), até porque decorre de uma realidade econômica – a escassez – que é universal.” In: SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, 2016.

⁵⁷ BARRETO, Vicente Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direitos Fundamentais Sociais*: estudos de Direito Constitucional Internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 115.

Conforme se observa, inicialmente a reserva do possível possuía a finalidade de evitar que os direitos sociais servissem como plataforma de governos populistas que acabariam por levar novamente a Alemanha ao caos.

Na sua inteireza, o conteúdo da reserva do possível se desdobra em três componentes:

[...] o componente fático, que diz respeito à efetiva existência de recursos necessários à satisfação do direito prestacional em jogo; o componente jurídico, que se liga à existência de autorização legal – especialmente na lei orçamentária – para a realização da despesa exigida pela efetivação do direito; e a razoabilidade da prestação, considerando os recursos existentes e todos os demais encargos que pesam sobre o Estado (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).⁵⁸

Tais componentes guardam relação estreita entre si, e exigem uma análise sistemática e constitucionalmente adequada no caso concreto, de forma a promover a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, não servindo como barreira, mas como garantia aos direitos fundamentais.⁵⁹

Posteriormente, a própria jurisprudência alemã passou a usá-lo no sentido de:

uma adaptação de um tópos da jurisprudência constitucional alemã que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos.⁶⁰

Sob uma simplista concepção, a reserva do possível passou a ser utilizada comumente por governantes pátrios como justificativa para o não cumprimento das prestações estatais afetas a concretização de direitos fundamentais. A esse respeito, Barcellos afirma que:

Na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08, n° 4, 2016.

No mesmo sentido: “*A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresente pelo menos uma dimensão triplíce, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.*” In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 307.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁶⁰ KRELL, Andrés J. apud BIGOLIN, Giovani. “A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais”. *Revista de doutrina da 4ª Região*. Disponível em: www.revistadouttrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovanibigolin.htm. Acesso em: 01 dez. 2007.

dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.⁶¹

Nesse particular, Daniel Sarmento afirma que:

No Brasil, a jurisprudência alude com frequência à ideia de reserva de possível desde que o Min. Celso de Mello proferiu a já mencionada decisão monocrática na ADPF 45, que se referiu ao instituto, embora relativizando, já de partida, a sua relevância (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2004). A maior parte dos julgados subsequentes sobre o assunto reproduz trechos dessa decisão, que passou a ser a formulação canônica sobre a matéria na jurisprudência brasileira.⁶²

Inobstante o uso indiscriminado da denominada ‘reserva do possível’ no Brasil, é inconteste que os Entes Públicos possuem limitações financeiras, que seus orçamentos são limitados, e que a concretização de direitos fundamentais é custosa.

Destarte, a reserva do possível precisa ser tecnicamente demonstrada e evidenciada em situações concretas, em confronto com as reais possibilidades financeiras do Estado em um determinado momento, a fim se demonstrar um legítimo limite fático a efetivação dos direitos fundamentais.

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são as prioridades a serem concretizadas pelo Estado. No entanto, é necessário dar-se conta do inescapável vínculo financeiro a que está subordinada a sua promoção.

A implementação de direitos fundamentais gera custos ao Estado. Tais custos precisam ser considerados e levados a sério pelos Poderes Públicos e pela própria sociedade, da qual são captados os recursos para o seu custeio, ao fim e ao cabo.⁶³

Ademais, o reconhecimento dos custos dos direitos no atual cenário de escassez (e insuficiência) de recursos públicos para a concretização de todos os direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República de modo universal (aos mais de 200 milhões de brasileiros), possibilita promover a conscientização dos cidadãos e a responsabilidade no exercício dos direitos, ante o inevitável sacrifício de alguns deles para a efetivação de outros (“*escolhas versus sacrifícios*”).⁶⁴

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 237.

⁶² SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08, nº 4, 2016.

⁶³ GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶⁴ GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Deste modo, o simples fato de que os direitos têm custos (ou seja, implicam em despesas públicas) demonstra que os direitos implicam em responsabilidades⁶⁵ e que devem ser concretizados na medida daquilo que é razoável do cidadão vindicar do Estado e da sociedade.

Portanto, uma vez comprovada a incapacidade econômico-financeira Estatal em uma determinada situação, é de se reconhecer – no caso - a impossibilidade real de efetivação de um direito.

Sobre a necessidade de analisar a conjuntura econômica, Ingo Sarlet aduz:

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição e (redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para a sua dimensão economicamente relevante. (...) Esta característica dos direitos sociais a prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em *última* análise, da conjuntura econômica.⁶⁶

A corroborar o exposto, Gustavo Amaral afirma que:

em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas.⁶⁷

Tal necessidade de demonstração se justifica pelo fato de - atualmente no Brasil – ser ordinário condicionar a promoção de determinados direitos fundamentais à existência de disponibilidade recursos, sobras no orçamento público ou caixas cheios. Condicionantes que, na prática, reduzem a sua eficácia.

Dentro desta perspectiva, em um país (Brasil) que enfrenta a escassez de recursos públicos, e possui um nível de renda *per capita* bastante inferior ao de países desenvolvidos, com grande desigualdade social, a questão da alocação de recursos financeiros é uma escolha dramática.

Mas, para tal tarefa, é de se gizar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 45 MC/DF, é de grande valia:

⁶⁵ “The simple fact that rights have costs, therefore, already demonstrates why rights entail responsibilities.” In: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost Of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London: W.W. Norton & Company, 1999. p. 146.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 262.

⁶⁷ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 116.

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 “RESERVA DO 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).

(...)

A cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

(...)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência,

pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.⁶⁸

Do exposto, resta evidenciada a complexidade das questões em tela, bem como, que a positivação de um direito fundamental na Constituição Federal de 1988, em muitos casos, não se mostrou suficiente para que os Entes Públicos o concretizem (ou, consigam concretizá-lo).

É preciso encarar a realidade factual na qual está inserido o país. É necessário reconhecer que as necessidades públicas são tendentes ao infinito, ao passo que os recursos financeiros do Estado, contrariamente, são finitos.

Para a transformação da realidade social do Brasil é mister compreender a atual conjuntura econômico-financeira do país, e não apenas os direitos e valores sociais envolvidos em um caso concreto. Tais condições materiais (financeiras), melhores ou piores, a depender da época, redimensionam os meios e os instrumentos de promoção dos direitos fundamentais, além da extensão da proteção devotada a esses direitos pelo aparato estatal.⁶⁹

De tal sorte, cabe a órgãos estatais como o Ministério Público, por exemplo, auxiliar, induzir e influenciar os agentes públicos e políticos a priorizarem o atendimento aos direitos fundamentais,⁷⁰ sem descurar que existe uma reserva do que é possível se exigir do Poder Público e da sociedade, no atual cenário de escassez de recursos econômicos e financeiros no Brasil.

3.2 O mínimo existencial

A Constituição da República (1988) dispôs expressamente em seu artigo 5º, parágrafo 1º, que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Este dispositivo constitucional evidencia que o legislador constituinte almejou outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada e uma independência de concretização legislativa infraconstitucional posterior para efeitos de eficácia e efetividade.⁷¹

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 04 maio 2004 PP-00012 RTJ v. 200-01 p. 191.

⁶⁹ Nesse sentido: “*To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost Money.*” In: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost Of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London: W.W. Norton & Company, 1999. p. 15.

E, ainda: “*Rights will regularly be curtailed when available resources dry up, just as they will become susceptible to expansion whenever public resources expand.*” In: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost Of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London: W.W. Norton & Company, 1999. p. 97.

⁷⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Tal norma constitucional (art. 5º, § 1º) aplica-se a todos os direitos fundamentais e se constitui em uma espécie de mandado de otimização que impõe aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer e imprimir às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Logo, não há mais que se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis na medida dos direitos fundamentais.⁷²

Como consabido, não se pode admitir a aniquilação completa de um direito fundamental em um Estado que se queira dizer democrático e social de direito. Desse modo, tem-se por necessário tratar do denominado mínimo existencial enquanto “limite dos limites”, por ser imperativo salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em jogo.

Nessa toada, assim como não são ilimitados os recursos públicos e as prestações estatais sindicáveis pelos cidadãos, “as limitações ou restrições a que se sujeitam os direitos fundamentais também não são ilimitadas.”⁷³

Existem os limites dos limites, ou limites imanentes, que balizam as restrições impostas aos direitos fundamentais, e se relacionam com a proteção à erosão do núcleo essencial destes direitos e a razoabilidade e a proporcionalidade nestas limitações ou restrições, de modo a evitar o completo esvaziamento do conteúdo do direito fundamental.⁷⁴

O mínimo existencial pode ser compreendido como aquelas necessidades básicas de todo ser humano, que, segundo Vincenzo Demetrio Florenzano, teriam íntima relação com o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que dispõe sobre um salário mínimo “capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.⁷⁵

Ana Carolina Lopes Olsen afirma que a noção de mínimo existencial incluirá sempre um atendimento básico e eficiente dos cidadãos por parte do Estado, embora o conteúdo concreto deste conceito possa variar de país para país.⁷⁶ Trata-se, então, de um conjunto relativamente variável (de lugar para lugar) de condições mínimas para a existência humana digna, em uma determinada época.⁷⁷

Para Sarlet,

[...] o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais [...].⁷⁸

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷³ SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. São Paulo: LTr, 2005. p. 47.

⁷⁴ SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. São Paulo: LTr, 2005.

⁷⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente a reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁷⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente a reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁷⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação*. imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto

Núcleo que, segundo o autor, seria imune a limitações ou restrições.

Tal concepção do mínimo existencial surge como tentativa de resposta aos problemas do ‘mundo jurídico’ ante a falta de efetividade constitucional, representando um subconjunto de direitos fundamentais, menor e mais preciso, que poderia ser prontamente exigível do Estado, sem maiores incursões a respeito da capacidade econômico-financeira do Ente Público para tanto, ou dos entraves técnico-jurídicos que lhe são subjacentes (v.g. inexistência da política pública).⁷⁹

Ocorre que, a rigor, mesmo “as prestações públicas que integram o mínimo existencial encontram-se sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento”⁸⁰ pelo Estado. No entanto, é adequado que tais prestações recebam um “tratamento preferencial em relação às que não ostentem tal caráter”.⁸¹

Sem embargo, é de se reconhecer que todo o aparato estatal funciona em razão e na extensão das possibilidades econômico-financeiras dos recursos públicos captados junto aos contribuintes. Logo, é possível afirmar que “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”.⁸²

Dessa forma, para que os Poderes Públicos deem a sociedade brasileira as demandadas respostas adequadas a resolução da inefetividade dos direitos fundamentais no país, no atual cenário econômico-financeiro de limitados recursos públicos disponíveis, se mostra deveras proveitosa a utilização do cabedal de instrumentos disponibilizados pela análise econômica do direito e pela noção de mínimo existencial enquanto limite dos limites, durante o processo de ponderação, como se verá seguir.

3.3 A efetivação dos Direitos Fundamentais

Ao longo da história, os direitos fundamentais encontram-se em uma eterna construção, com avanços e retrocessos, que traduzem os patamares mínimos civilizatórios de uma determinada sociedade.⁸³

Com o intento de promover os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, enquanto membros de uma democracia substantiva, cabe aos Poderes Públicos velar de igual maneira por todos os seguimentos sociais que compõe a comunidade, efetuando boas escolhas de onde gastar os insuficientes recursos públicos.⁸⁴

Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 117.

⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁸⁰ GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 179.

⁸¹ GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 179.

⁸² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost Of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York-London: W.W. Norton & Company, 1999. p. 20.

⁸³ PEREIRA, Emmanoel. *Direitos sociais trabalhistas: responsabilidade civil, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁸⁴ GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Daí a necessidade de se realizar um processo de ponderação em casos concretos, para a correta alocação dos recursos públicos, preocupando-se também com as condições econômicas da sociedade naquele momento e com o resultado (a solução em jogo que tende a atender de modo mais abrangente um maior número de pessoas necessitadas dos recursos sociais, por mais tempo, ou seja, com maior utilidade social), e não apenas com a disputa argumentativa (do melhor argumento apresentado).⁸⁵

Para a realização do processo de ponderação, Robert Alexy leciona que se deve considerar que não existem princípios absolutos, ou seria impossível estabelecer limites jurídicos a eles. Da natureza principiológica dos direitos fundamentais decorre, então, duas máximas: (i) a máxima da proporcionalidade, pois são mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas; e, (ii) a máxima da necessidade e da adequação, pois são mandamentos de otimização em face de possibilidades fáticas.⁸⁶

No mesmo sentido, Juan María Bilbao Ubillos afirma não haver nada de extraordinário na existência de limites aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não são ilimitados e não podem se impor de forma absoluta, inabalável ou automática, sob qualquer circunstância.⁸⁷

Como bem refere Humberto Ávila, não se trata apenas de analisar os fins a serem buscados. Não se pretende examinar apenas o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas a forma de aplicação desse dever.⁸⁸

Nesse contexto, a atuação dos Poderes Públicos em prol da efetivação dos direitos fundamentais, com o uso da análise econômica do direito, possibilita que se analise cuidadosamente o custo-benefício de cada gasto, de cada política pública alternativa, feita por economistas, médicos, gestores, juristas, *et. al.*, indicando o melhor caminho a seguir, considerando os efeitos da decisão tomada para a sociedade.⁸⁹

A concretização de direitos fundamentais possibilita o incremento da qualidade de vida e dos índices de desenvolvimento humano (IDH) no país. No Estado Democrático de Direito pátrio, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público fulguram como agentes capazes de promover a transformação social, econômica e cultural necessária.

Ante a inércia dos demais Poderes Públicos, o Poder Judiciário e o Ministério Público legitimam-se a atuar de modo proativo para a concretização dos direitos fundamentais no país. Sobre esse ponto, Moraes e Copetti afirmam:

⁸⁵ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, publicada pela SuhrkampVerlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸⁹ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A necessidade e urgência de concretização da parcela social do nosso modelo constitucionalizado de Estado Democrático de Direito impõe repensar as nossas necessidades democráticas, o que nos conduz a um compromisso de reconstruirmos, a partir de tipos ideais a serem contextualizados, uma nova concepção de democracia: a social, que ultrapassa o mero formalismo da democracia representativa, e reclama que todo ordenamento jurídico e todos os poderes públicos devem estar voltados à sua realização, a partir, em particular, da unidade do Estado.⁹⁰

De fato, para que os debates envolvendo questões financeiras e orçamentárias avancem no Brasil, é preciso superar o argumento fácil da reserva do possível, utilizado em muitos casos como verdadeira falácia (sem provas idôneas), bem como, que todos (Poderes Públicos e população) reconheçam o inegável fato de que não existem recursos públicos para prover de modo utópico todos os direitos fundamentais da CRFB/88, a toda a população brasileira.

A título de exemplo, observa-se que o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Suspensão de Segurança nº 20050401000213-1/PR, fazendo uso do raciocínio da análise econômica ao direito em uma situação concreta, suspendeu liminar em mandado de segurança que determinava que o Estado brasileiro liberasse ao impetrante valores para a realização de uma cirurgia nos Estados Unidos da América, nos seguintes termos:

O Estado, ao liberar vultosa soma (US\$ 275.000 – duzentos e setenta e cinco mil dólares) para atender a uma situação isolada, prejudicaria as demais políticas públicas voltadas à saúde, como a de combate ao câncer, à Aids, ao diabetes mellitus, à hipertensão arterial, dentre tantas outras, tendo em vista a evidente escassez dos recursos orçamentários para tal fim. Em outras palavras, centenas de brasileiros se veriam privados de tratamento porque a verba foi direcionada a apenas um. Saliente-se que há notícias de que o custo de uma cirurgia de intestino realizada no Brasil custa aproximadamente R\$ 41.379, ou seja, aproximadamente US\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil dólares) menos do que a de uma realizada na América do Norte. Assim, considerando que os recursos orçamentários são limitados, não há como deixar de considerar procedente o argumento da União, segundo o qual o cumprimento da liminar causaria grave ofensa à economia e saúde públicas.⁹¹

⁹⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI, André Leonardo. A jurisprudencialização da Constituição: a construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. In: UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS. *Anuário do Programa de Pós graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 327.

⁹¹ BRASIL. TRF da 4ª Região. Suspensão de Segurança nº 20050401000213-1/PR. Rel. Des. Federal Vladimir Passos de Freitas. *Diário da Justiça*: 27 jan. 2005.

No exemplo acima, verifica-se que a suspensão da decisão liminar foi corretamente deferida pelo Tribunal Regional Federal, tendo em vista a grave lesão que acarretaria à saúde pública e à economia Estatal a decisão do juízo de piso, que escolheu privilegiar uma situação particular em detrimento de toda a sociedade.

Ademais, a análise econômica do direito recomenda que as políticas públicas governamentais tendem a ser mais eficientes do que aquelas concedidas casuisticamente pelo Poder Judiciário, a indivíduos considerados isoladamente. Nesse sentido, Luciano Timm aduz que:

não há justificativa para que o Direito dê tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem na mesma posição (princípio da igualdade). Por isso, a demanda individual é o pior e mais injusto caminho para a implementação de um direito social.⁹²

Nessa esteira, a análise econômica do direito recomenda aos órgãos públicos legitimados, como o Ministério Público, o caminho das ações coletivas, se eventualmente o objetivo da demanda for a garantia de direitos sociais através da atuação do Poder Judiciário, em situações excepcionais, e não como regra (!).⁹³

Igualmente, para se alcançar um Estado de Boa Governança, a análise econômica do direito indica que órgãos estatais, como o Ministério Público, devem combater com afinco a corrupção. A corrupção contribui para a falta de operacionalidade econômica do Brasil. Pois:

um país corrupto, com instituições frágeis, apresenta níveis de impunidade altos, estanca o crescimento econômico, impede a arrecadação de impostos satisfatória, o que reflete em um orçamento público restrito e incapaz de atender as demandas sociais⁹⁴

Em especial, àquelas atinentes a direitos fundamentais. Desta forma, tem-se que a análise econômica do direito é capaz de conduzir o Estado a cumprir o seu papel de implementação dos direitos fundamentais dentro de orientações das melhores práticas administrativas e econômicas, a fim de dotar o gasto público de maior eficiência, atingindo um maior número de cidadãos.

⁹² TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 66.

⁹³ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁹⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Trabalhar com o raciocínio econômico aplicado ao direito implica em aceitar que nem todas as necessidades sociais serão supridas e que nem todas as injustiças serão resolvidas pelo ordenamento jurídico e pelos tribunais.⁹⁵

De igual sorte, sabe-se que a grande maioria dos direitos fundamentais nunca será plenamente atingida pela própria natureza das finalidades a serem alcançadas. Os direitos fundamentais são valores supremos que não são esgotáveis, devendo ser perseguidos de modo permanente e constante, sem que se possa preconizar que foram, enfim, plenamente atingidos. A efetivação dos direitos fundamentais pode ser comparada, desse modo:

a uma viagem para a direção ‘norte’: o viajante segue a sinalização que indica ‘o norte’, mas jamais irá chegar a um ponto onde esteja sinalizado ‘aqui é o norte’.⁹⁶

A par do exposto, pode-se dizer que análise econômica do direito possibilita que os poderes públicos ultrapassem o pensamento normativista tradicional e adotem uma postura mais realista e pragmática no tocante a implementação dos direitos fundamentais. Inclusive, uma postura mais produtiva, eficiente e transparente perante a população.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão das atribuições Estatais advindas do modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil em 1988, a atuação dos Poderes Públicos deve orientar-se no sentido da efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República.

Com tal intento, a análise econômica do direito apresenta-se como um referencial teórico capaz de contribuir para a implementação de direitos e da boa governança nos órgãos públicos, auxiliando no processo de ponderação entre as escolhas e os sacrifícios que serão adotados quando da alocação de recursos públicos em rubricas específicas.

O direito e a economia apresentam inúmeras conexões. O paralelo entre o direito e a economia é oportuno, pois é inegável a existência de limitações e restrições financeiras à efetivação de muitos direitos fundamentais. Negar tal realidade implica na crença de um Estado utópico, ilusório e ineficaz.

O pragmatismo, o racionalismo e o utilitarismo da economia podem contribuir tanto para a formulação de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais, quanto para a tomada de decisões pelos Poderes Públicos, enfrentando o limite fático da reserva do possível com clareza e objetividade, na sua tríplice dimensão.

⁹⁵ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 67.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. Contribuições na Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *As contribuições no sistema Tributário Nacional*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 318.

Em um país como o Brasil, em que se trabalha com recursos econômico-financeiros escassos de um lado e, de outro, com cidadãos que possuem demandas muito maiores do que a capacidade real de concretização do Estado, é necessário que as instâncias decisórias adotem uma perspectiva ampliada, holística, para lidar com tais circunstâncias.

O uso da análise econômica pode também contribuir para a superação do tradicional jogo do ‘empurra-empurra’ existente no país. É perceptível que os Poderes Públicos pátrios precisam adotar um agir mais funcional, comprometido com os resultados, com a utilidade social das suas decisões (eficiência paretiana) e com a alocação eficiente dos recursos públicos.

Às vezes, as coisas mais difíceis de serem vistas são aquelas que estão bem diante dos nossos olhos. Os direitos têm custos. Não adianta negar as aparências ou disfarçar as evidências. Dinheiro não nasce em árvores. Direitos também não.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte, publicada pela SuhrkampVerlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes*. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. Contribuições na Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *As contribuições no sistema Tributário Nacional*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 318.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York-London: W. W. Norton, 1978.

CALIENDO, Paulo A. Direito Internacional privado e a análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

CALLIGARIS, Contador. O fim do ano e o medo de perder. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. E-8, 29 dez. 2005.

CASTRO, Celso Pinheiro de. *Sociologia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

DIAZ, José Ramón Cossío. *Derecho y Análisis Económico*. México: Instituto Tecnológico Autónomo do México: Fundo de Cultura Econômica, 2002.

FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HEILBRONER, Robert; THUROW, Lester. *Entenda a Economia*: tudo o que você precisa saber sobre como funciona e para onde vai a economia. Tradução Tomás Rosa Bueno. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost Of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York-London: W.W. Norton, 1999.

JANSEN, Letácio. *Introdução à Economia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

KRELL, Andréas J. apud BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de doutrina da 4ª Região*, Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovanibigolin.htm. Acesso em: 01 dez. 2007.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI, André Leonardo. A jurisprudencialização da Constituição: a construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. In: UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS. *Anuário do Programa de Pós graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente a Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Emmanoel. *Direitos sociais trabalhistas: responsabilidade civil, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Manual de Economia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Tradução José Luis Pérez Hernández. 3. reimp. México: Instituto Tecnológico Autônomo do México: Fundo de Cultura Econômica, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001-2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 117.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. In: *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, nº 4, 2016.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHAVELL, Steven. El Derecho Penal y El Uso Óptimo de Sanciones no Monetarias como Medida de Disuasión. In: ROEMER, Andrés (comp.). *Dereito Y Economía: una revisión de la literatura*. México: Instituto Tecnológico Autônomo do México: Fundo de Cultura Econômica, 2000.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. *Ética e economia: impactos na política, no direito e nas organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. São Paulo: LTr, 2005.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1983-1997.

SMITH, Adam. *A Teoria dos Sentimentos Morais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação*. Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 3. ed. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1994. v. 1

WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AS LEIS DE NUREMBERG: ANÁLISE JURÍDICA E HISTÓRICA SOBRE O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

TÚLIO CHAVES NOVAES¹

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Exclusão Social. Ações afirmativas.

1 INTRODUÇÃO

O direito, visto como o conjunto de regras e princípios que regulamentam e organizam a vida social em determinado espaço-tempo, apresentou-se durante o século XX como um dos instrumentos mais eficazes de sujeição e controle das pessoas mediante o uso da força ou da autoridade de determinado Governo.

Historicamente, o aval oficial de uma lei nacional de referência funcionou como etapa estratégica pedagógica ao projeto progressivo de dominação global, conduzido pelo poder totalitário. Todos os atos opressivos, realizados pelo Estado nazista no início da perseguição aos judeus, por exemplo, foram praticados dentro da mais rigorosa aferição legal, proveniente de um conjunto de leis, concebidas de maneira perfeitamente válida em sua aparência, mas de conteúdo deontológico completamente deplorável.

A atual controvérsia que gira em torno dos questionamentos sobre a salubridade social de uma teoria do direito, desvinculada de amplexos morais, é crucial para a estabilidade da sociedade internacional. Neste sentido, o desembaraço deste aparente impasse é condição essencial à concretização dos Direitos Humanos. Todavia, a concepção formalista do direito, influenciada pelo positivismo kelseniano do século passado, a despeito das consequências catastróficas, relegadas como insígnia da modernidade, ainda persiste como paradigma presente na maior parte dos sistemas jurídicos mundiais.

No presente trabalho, buscaremos notabilizar um pouco o resultado histórico desta tendência. Demonstraremos que a experiência do nazismo foi facilitada pela visão dogmática do direito e vice-versa. De outro lado, em contra-fogo à lógica formalista, apresentaremos também a construção do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos como o resultado material da negação da experiência política do extermínio físico e moral de pessoas.

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela UFPA. Doutor em Direitos Humanos pela USP. Promotor de Justiça. Professor Adjunto da Universidade Federal do Oeste do Pará.

2 EXCLUSÃO SOCIAL E DIREITO: PARA ALÉM DO FORMALISMO JURÍDICO

A caracterização do valor moral como parâmetro à legalidade normativa nem sempre foi uma obviedade epistemológica. As sociedades ocidentais, culturalmente vinculadas ao individualismo próprio da virada do pensamento racionalista do século XVII, tinham dificuldades significativas em compreender a importância da variável ontológica para a aferição jurisdicional. Motivado pela busca da perfeição matemática do método, o direito ocidental do século XX, refletindo esta realidade ritualística, estruturou-se fundamentalmente sobre um padrão procedimental de justiça.

A lógica positivista subjacente lastreava-se cegamente em dois pontos fundamentais: *o princípio da legitimação autoridade e o princípio da correção do procedimento*. Assim, encontrando-se a emissão de determinada regra dentro do campo de competência de certa autoridade legalmente constituída e, além disso, obedecendo-se as instruções normativas, criadas para a produção de determinada categoria legislativa, a consequência seria a inclusão da norma no sistema jurídico, sem maiores questionamentos de fundo. Não se cogitava sobre a existência ou a necessidade de conteúdo moralmente válido para a lei assim produzida.

Esta postura, na trilha do positivismo lógico de Wittgenstein², dimanava tipologicamente algumas peculiaridades. De modo geral, caracterizou-se pela valorização do método empirista, pela defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências³ – até para a chamada “ciência jurídica” [*sic*]⁴ –, por fim, pelo dogmatismo, que professa o alcance de verdades absolutas.

De fato, desde 1739, David Hume já entendia o direito como realidade progressivamente diferenciada da moral, devendo o seu campo ser visto como o produto de decisão oficial, ou seja: expressão de vontade de autoridades⁵. Para desenvolver sua teoria filosófica, o fundador do empirismo moderno partia da premissa de que, ao menos experimentalmente, seria impossível fundarem-se os enunciados axiológicos.

Nesta mesma linha, Max Webber também compreendia as ordens estatais das sociedades modernas como simples manifestações maniqueísta do poder político legal⁶. Esta capacidade especial seria inerente à forma jurídica e à crença na competência dos indivíduos escolhidos para exercê-lo, ou seja: o poder engendraria poder, da mesma

² “*Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen*” (em vernáculo: “Aquilo que não podemos falar devemos calar”). Neste sentido: WITTGENSTEIN, Ludwig Joseph Johann. *Tractatus Logico-Philosophicus*. ed. brasileira. São Paulo: Edusp, 1994.

³ Neste sentido: JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

⁴ Apesar de admitir diversas abordagens metodológicas, entendemos que este ramo do conhecimento humano, em si, não se confunde com ciência, filosofia, ou arte tampouco. Representa, no entanto, mecanismo instrumental indispensável à sistematização, organização e controle do poder. Sem o direito o poder é como um pesado vagão de trem, descendo uma ladeira íngreme, sem freio, nem trilho, nem maquinista definindo!

⁵ Nesta linha: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.66.

⁶ Neste sentido: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. p.14.

forma que a legitimidade de sua constituição dimanaria legitimidade às suas manifestações práticas.

Sistematizando o ideal positivista no conhecimento jurídico, Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, estruturou a noção de validade objetiva das normas positivadas, condicionando-as a um sistema jurídico hierárquico e impermeável a qualquer vestígio axiológico. Demonstrada a impossibilidade de superação dos sistemas morais, a alternativa mais correta para a doutrina kelseniana seria a de renunciar à avaliação substantiva do justo e do injusto no ordenamento jurídico. A parametrização da justiça, neste modelo, ficou jungida semanticamente aos dizeres de um texto legal.

Ocorre que os maiores genocídios, praticados durante o século XX – como o armênio, o judaico e o russo, por exemplo – fundamentaram-se na doutrina dogmático-positivista para justificar a opressão e o extermínio de minorias sociais, politicamente indesejadas. Desta forma, com o testemunho do sofrimento de inocentes, restava historicamente demonstrada a falibilidade social do modelo formalista na modernidade.

Contemporaneamente, a filosofia do direito questiona a importância pragmática do conhecimento dogmático. Até que ponto esta forma de compreensão da realidade normativa seria justa e eficiente na resolução dos problemas individuais e sociais que possuímos nos dias de hoje? Até que medida o método criticado seria aproveitável para o aprimoramento da justiça e da segurança jurídica?

O formalismo jurídico saturou-se com novas necessidades sociais, historicamente reveladas. Esterilizado de valores, o direito desumaniza-se para tornar-se instrumento de mando do poder dominante, em aberta sujeição a qualquer tipo de oportunismo ou idiossincrasia subjetiva de algum ditador de ocasião. Esvaziar a legalidade de elementos valorativos, transformando a noção de justiça em processo matemático simplório de aferição formal de parâmetros juridicizados, junto de outras iniciativas administrativas expressivas⁷, parece representar notoriamente um *modus operandi*, etapa sintomática na maioria dos projetos de dominação política.

Na Alemanha nazista, por exemplo, o culto ao Führer camuflava outra tendência ainda mais voraz de aniquilação: a morte da consciência crítica por meio do culto ao dogmatismo. A superestimação da forma em detrimento do conteúdo – retratada esteticamente no modelo hierárquico do *führerprinzip*, no positivismo jurídico kelseniano e na doutrina da superioridade racial –, representou o ponto neural do modelo opressivo alemão da primeira metade do século passado.

Neste mesmo contexto, as “*Leis de Nuremberg*” de 1935 retrataram, tipologicamente, como o culto ao procedimento, na melhor das hipóteses, pode funcionar como

⁷ Tzvetan Todorov apresente quatro elementos estratégicos ao processo de totalização do poder: 1 a supressão de vestígios da opressão causada; 2 o controle das informações fornecidas ao público mediante a intimidação e proibição de acesso a certos dados críticos; 3 neutralização semântica do significado coloquial de certas palavras para amenizar os atos de brutalidade; 4 a mentira histórica. Neste sentido: TODOROV, Tzvetan. *Memória do Mal, Tentação do Bem*. Tradução Joana Angélica D’Ávila Melo. São Paulo: Arx, 2002, p. 135-137. Acrescentaríamos a esta lista apresentada, conforme os objetivos do presente trabalho, a “esterilização moral do direito e da justiça”.

instrumento de reforço a discursos totalitários – como o praticado pelo Estado nazista em nome da lei, da justiça e da desvirtuada “razão de Estado”. Não fortuitamente, destes três últimos elementos listados, a razão de Estado define possibilidade de ingerência da política no sistema jurídico, propiciando seu condicionamento ideológico. Foi justamente por meio desta via que o poder que oprime inoculou no direito posto suas regras de dominação, criando verdadeiras aberrações jurídicas do ponto de vista ético e moral, como o referido conjunto de leis.

Veremos adiante que os mecanismos de ideologização do direito, propostos pela “*Lei da Cidadania do Reich*” e pela “*Lei para a Proteção do Sangue e Honra Alemã*”, promulgadas em 24 de setembro de 1935, foram os mais diversos possíveis. Conforme o nível de institucionalização dos vetores e necessidade de controle das massas, tais elementos variaram desde a oficialização dos mitos sociais até o apelo ostensivo ao nacionalismo unificador do discurso do triunfo sobre o inimigo objetivo.

Ocorre que, apesar de toda catástrofe humanitária resultante do processo de dominação nazista, o resgate da memória da legislação nazista, em parte, motivou a cristalização moderna daquilo que costumeiramente chamamos Direito Internacional dos Direitos Humanos. Partindo deste ponto específico, apresentaremos em seguida este campo do conhecimento como a resultante dialética deste desenvolvimento histórico.⁸

3 NOÇÕES ONTOLÓGICAS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Existem diversas explicações que procuram conceituar teoricamente o que seriam os Direitos Humanos, ou Direitos Fundamentais. Segundo André de Carvalho Ramos – que, assim como o Autor deste trabalho, diante do atual estágio de evolução destes direitos, também entende desnecessária qualquer diferenciação em relação aos termos –, estes preceitos corresponderiam ao “conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano, baseada na liberdade, igualdade e na dignidade”.⁹

Na definição encontramos alguns elementos estruturais que denotam a raiz pragmática destes tipos especiais de normas, pois as mesmas são apresentadas como um conjunto de direitos, evidenciados pela sua necessidade de gozo e efetivação. Ocorre que esta indicação de sentido, apesar de sua clareza e objetividade, ainda não responde a pergunta original: afinal, de que tipo de direitos estaríamos tratando? Qual a sua ontologia? Para aprimorar a resposta acrescentaríamos à ideia o referencial histórico que lhes condiciona e define o conteúdo.

⁸ Consiste este campo jurídico no conjunto racionalmente sistemático de normas positivas e princípios morais supranacionais, encabeçadas pela Declaração Universal de 1948, que visam proteger certos valores inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis, pertencentes a todo homem.

⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.19.

Entendidos desta maneira, os Direitos Humanos, no seu conjunto, corresponderiam à conquista moderna da sociedade humana, resultante da superação de momentos históricos de opressão e do reconhecimento internacional da necessidade de proteção de certos valores fundamentais à vida com dignidade. Não são direitos unilateralmente prescritos por uma mente privilegiada, ou por algum outro tipo de fonte inspiradora politicamente conveniente, como ocorria com o direito natural medieval, ditado pela cúpula da Igreja Católica Romana. Ao contrário, tais preceitos encontram-se vinculados em base socialmente verificável, determinada pelo consenso internacional e aprendizado histórico, proveniente do reconhecimento de graves erros praticado no passado.

Tendo a condição humana como única exigência, estas normas especiais fornecem base concreta para a caracterização do valor dignidade humana,¹⁰ o qual, na sua essência, firma impossibilidade de se estabelecer qualquer tipo barganha com certos bens tidos por inalienáveis. São espécies destes bens a liberdade, a privacidade, a nacionalidade, a propriedade, o trabalho remunerado de forma justa, a educação, a saúde, a alimentação, a família, a proteção por tribunais oficiais neutros etc. Também se incluem neste rol outros direitos que venham à lume com o caminhar do processo histórico-dialético.

O significado moral desta injunção reside no entendimento de que o ser humano não pode ser comparado nem tratado como coisa fungível ou descartável, ensejando noção de preço. Já a ideia de dignidade suscitaria condição bastante diferenciada, qualificada pela doutrina como indisponível, ou inegociável.

Próximo ao conceito de história, fornecido por Walter Benjamim antes de seu suicídio,¹¹ percebe-se que a base ético-material desta noção teórica permanece ligada à negação de todos os momentos históricos em que seres humanos foram tratados como objetos inanimados, passíveis de submissão ou destruição por parte de outras pessoas ou estruturas políticas totalitárias. Ao sacralizar tais valores, a ordem jurídica internacional – simbolicamente mediante a negação dos campos de concentração, dos pogroms, das pilhagens e carnificinas organizadas, dos genocídios e etnocídios etc. –, acaba por entender e determinar a existência de alguns bens que não se sujeitam a nenhum tipo de preterição ou pechincha, nem mesmo diante do dogma da soberania estatal – hoje em dia não mais entendida como sinônimo de poder absoluto.

O processo de construção do sistema jurídico internacional de Direitos Humanos Fundamentais, tomando por base a Declaração Universal de 1948, pode ser dividido em dois momentos estruturalmente distintos:

¹⁰ Segundo SARLET, dignidade é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” – SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 2001. p.60 apud RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.20.

¹¹ O lamentável fato ocorreu em circunstâncias suspeitas em setembro de 1940, sob a pressão da invasão nazista à França e diante da instauração da ditadura de Vichy no solo francês.

1 Antes deste marco, tínhamos o que se pode chamar de “fase pré-jurídica”, onde a força normativa de certos direitos, tidos como inalienáveis, ainda se sujeitava sobremaneira ao empirismo resultante do direito natural e às vicissitudes socioculturais de cada país soberano no exercício de sua boa vontade (*sic*). Neste primeiro momento, diante da fragmentação da ordem política internacional – proveniente das disputas bélicas e econômicas que motivaram a Primeira Grande Guerra e da inexistência de estrutura supranacional consensual, necessária à imposição de certos deveres jurídicos aos entes estatais –, cada Estado ditava internamente a solução mais conveniente para a preservação de valores essenciais.¹²

2 O segundo momento só viria com o fim da Segunda Guerra Mundial. Assim, em 10 de dezembro de 1948, ano da fundação oficial do Estado de Israel, em meio à dor proveniente das sequelas incuráveis do pós-guerra, e diante das imagens das atrocidades praticadas pelos nazistas nos campos de extermínio, a Assembleia Geral das Nações Unidas, fundada na legitimidade proveniente de concordância internacional, promulgou a Declaração Universal dos Direitos do Homem.¹³

Este documento jurídico coroava normativamente uma série de direitos fundamentais e inalienáveis, tidos como pertencentes a todos os seres humanos, independentemente do que poderiam definir os Estados nacionais. Na prática o diploma referido sintetizou diversos direitos históricos, ditos de primeira e segunda dimensão, ou geração – como queiram alguns.

Os direitos de primeira dimensão, qualificados como liberdades públicas essenciais, foram provenientes da declaração francesa de 1789 e representaram os valores relacionados à liberdade individual do cidadão frente ao Estado. Sua base subjetiva estabelecia um campo de garantias individuais imune à ingerência estatal, a não ser para reforçá-las e protegê-las. Por isso tais direitos foram também qualificados como liberdades negativas; ou seja: lugar onde, via de regra, não seria admissível qualquer intromissão estatal. Em espécie, classicamente, estas liberdades são as seguintes: liberdade pessoal, igualdade, proibição de discriminações, o direito à vida, à segurança, proibição de prisões arbitrárias, presunção de inocência, o direito ao julgamento pelo juiz natural, a liberdade de ir e vir, o direito de propriedade, a liberdade de pensamento e de crença, a liberdade de opinião, de reunião, de associação, o direito ao asilo, à nacionalidade, a liberdade de casar e os chamados direitos políticos.¹⁴

¹² Mas o problema primordial não se resumia apenas na ausência de estrutura orgânica e funcional eficiente para implementar tais direitos – fato que se vincula muito mais às controvérsias humanísticas de hoje em dia. A principal característica deste momento inicial, que representava verdadeiro óbice a qualquer iniciativa de sistematização de leis, estava na ausência de uma base normativa internacional capaz de aglutinar objetivamente estes direitos em espécie.

¹³ Para melhor entendimento sobre o tema vide: PEDROSO, Regina Célia. *10 de Dezembro de 1948: a Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Lazuli, 2006. (Série Rupturas).

¹⁴ Rol apresentado em: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.53.

Em seguida vieram os direitos de segunda dimensão, ou direitos sociais, que, por sua vez, foram concebidos a partir das conquistas trabalhistas do século XIX e XX, como as que resultaram na Constituição Mexicana de 1919, ou brasileira de 1934. A exploração e a ausência de regulamentação da jornada de trabalho, no primeiro momento, provocaram lutas proletárias intensas, evidenciando a necessidade de se resguardar direitos relacionados à esfera social das relações humanas. A vida do homem em sociedade, diferentemente do homem em suas relações interindividuais, sugeria a necessidade de intervenção do Estado para o desenvolvimento de políticas públicas que dariam azo à diminuição de desigualdades e ao estabelecimento de melhores oportunidades de vida e subsistência. Por tal característica estes direitos são vistos como liberdades positivas, onde, ao contrário dos direitos individuais, a regra passa pelo gerenciamento e controle por parte do Estado. Estas disposições normativas, em resumo, correspondem à seguridade social, ao direito ao trabalho, à associação sindical, ao repouso, aos lazeres, à saúde, à educação, à vida cultural.¹⁵

A base normativa internacional, representada pela Declaração Universal de 1948 e seus documentos primordiais, guardada as devidas proporções, soa como Constituição Mundial que, agregando em cadeia boa parte dos países, resultou em diversos outros documentos jurídicos internacionais.¹⁶ Diferentes em abrangência e importância temática, este conjunto de leis suscitou a subsistência de verdadeiro sistema mundial de disposições defensivas dos Direitos Fundamentais.

Com a proeminência de tal sistema jurídico supranacional a ideia *westffaliana* de soberania política, baseada na possibilidade irrestrita dos Estados gerenciarem a vida e os direitos das pessoas sujeitas ao seu poder, cedeu espaço a outro modelo, lastreado na possibilidade de interferência internacional em qualquer lugar para a garantia destes direitos inalienáveis. Desta forma, hoje em dia, pelo menos em tese, no âmbito de determinados documentos demarcados como *hard law*, não há nem mesmo a necessidade de assinatura de tratados internacionais para obrigar o Estado a respeitar os limites salutarres à sobrevivência condigna das pessoas.

As características primordiais dos Direitos Humanos podem ser listadas didaticamente mediante os seguintes pontos:

1) *Superioridade normativa*: no plano interno ou no internacional as regras e princípios de Direitos Humanos sempre ocupam lugar de destaque, revelando superioridade na hierarquia das normas.

2) *Universalidade*: os Direitos Humanos Fundamentais extrapolam a órbita da nacionalidade, ou limites de tempo e espaço. Adéquam-se a todas as pessoas, em

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Citamos, pela sua importância, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ambos ratificados pelo Brasil apenas em 1992). Igualmente mencionamos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida com Pacto de São José da Costa Rica), que foi aderida pelo Brasil também em 1992.

qualquer momento da história, independentemente da ideia de soberania nacional ou idiossincrasias culturais.

3) *Indivisibilidade*: nenhum dos Direitos Humanos pode ser separado do seu contexto conjuntural, merecendo igual proteção.

4) *Interdependência*: não se podem desgarrar tais Direitos, que se integram e interagem em uma mesma base Inter complementar; ou seja: não se pode agredir um determinado Direito Humano Fundamental sem agredir os outros.

5) *Indisponibilidade*: em regra, ninguém pode renunciar aos parâmetros normativos humanísticos.

6) *Caráter “erga homnes”*: estes Direitos foram criados para englobar não só as pessoas do mundo inteiro, mas também todos os Estados nacionais, independentemente de assinaturas de tratados ou outros documentos internacionais.

7) *Exigibilidade*: tais Direitos são eminentemente vinculados à necessidade ética; ou seja: a implementação prática de seus preceitos é crescente e obrigatória.

8) *Abertura*: o valor que vivifica seu conteúdo não é imutável; ou seja: tais Direitos são suscetíveis à evolução histórica e ao aprimoramento cultural.

9) *Aplicabilidade imediata*: os Direitos Humanos não dependem de outras leis ou quaisquer outros desdobramentos normativos para se efetivarem, podendo ser invocados de imediato nos Tribunais por parte dos interessados.

10) *Dimensão objetiva*: além de representarem direitos de pessoas, os Direitos Humanos Fundamentais também denotam aspecto institucional, representado por deveres e garantias que devem ser obedecidos por todos.

11) *Proibição de retrocesso*: como patrimônio da humanidade, os Direitos Humanos só podem ser ampliados ou aperfeiçoados, vedando-se aos Estados, em regra, a possibilidade de diminuição ou aviltamento direto ou indireto do nível de proteção já alcançado.

12) *Eficácia horizontal*: além de validade nas relações entre particulares e o Poder Público, os mesmos Direitos também valem e devem ser respeitados nas relações entre os próprios particulares.¹⁷

4 AS LEIS DE NUREMBERG

A vigência da noção da soberania estatal como poder absoluto, bem como a inexistência orgânica e funcional de sistema jurídico internacional apto a fazer valer suas prescrições normativas, determinaram a possibilidade de exemplos históricos contudentes de abusos, cometidos em nome da lei, contra os direitos fundamentais. As chamadas “*Leis de Nuremberg*”, compostas pelo conjunto integrado de duas outras legislações – *as Leis para a Proteção do Sangue e Honra Alemã e a Lei da Cidadania do Reich* –, representaram um destes malsinados resultados.

¹⁷ Rol apresentado por: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. parte 2, p. 163-255.

Consistiu o referido conjunto legislativo de normas jurídicas ligadas a valores culturais segregacionistas e racistas, outorgadas em 15 de setembro de 1935 na cidade de Nuremberg, pelo Parlamento Alemão (o chamado *Raichstag*), que, na ocasião, estava composto na sua maioria por integrantes do partido nazista. A legislação discriminatória renunciou a perseguição sistemática ao povo judeu, criando, literalmente, um sistema racial de reconhecimento da cidadania, baseado, sobretudo, em critérios relacionados à pureza de sangue. Desta forma, quem não se enquadrasse biologicamente dentro dos padrões étnicos e culturais, definidos pela ordem jurídica como oficiais, estaria completamente aliado da proteção estatal, sujeitando-se a qualquer tipo de anátema, inclusive ao extermínio.

A regulamentação informada estruturava-se em duas direções básicas. Uma se relacionava aos aspectos formais da concessão e do reconhecimento da cidadania alemã. A outra, objetivando diretamente à marginalização dos judeus, compunha a delimitação e identificação dos sujeitos destes direitos.

Dentro da primeira definição, modelando as regras da chamada “Lei da Cidadania do Reich”, relegou-se discricionariamente ao Estado o poder para a concessão da cidadania alemã como condição ao exercício de certos direitos fundamentais e proteção estatal.¹⁸

Complementando os objetivos discriminatórios da legislação apresentada, também em 15 de setembro de 1935, a “Lei para a Proteção do Sangue e Honra Alemã” privava os judeus de quase todos os direitos civis individuais e políticos. Com a iniciativa, cindiu-se a sociedade alemã, para rebaixar oficialmente os judeus à qualidade de cidadãos de terceira categoria.¹⁹

As premissas que fundamentaram esta legislação extravagante ligavam-se mormente à necessidade de oficialização de valores antisemitas no seio da sociedade

¹⁸ Aqui alguns artigos: Art. 1º: I) - Um sujeito do Estado é uma pessoa que pertence à união protetora do Reich alemão e que tem obrigações particulares com o Reich. II) - O status de sujeito é adquirido conforme providências do Reich e lei do Estado de Cidadania. Art. 2º: I) - Um cidadão do Reich é aquele sujeito que é alemão ou que é de sangue alemão e que provar, por sua conduta, que deseja servir fielmente ao povo alemão e ao Reich. II) - O Direito de cidadania é conseguido pela concessão dos documentos de cidadania do Reich. III) - Somente o cidadão do Reich desfruta de Direitos políticos completos de acordo com as determinações das leis. Art. 3º: O Ministro do Interior do Reich e o substituto do Führer emitirão os decretos legais e administrativos necessários para executar e completar esta lei.

¹⁹ Eis alguns preceitos: Art. 1º: I) - São proibidos os casamentos entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado. Os casamentos celebrados apesar dessa proibição são nulos e de nenhum efeito, mesmo que tenham sido contraídos no estrangeiro para iludir a aplicação desta lei. II) - Só o procurador pode propor a declaração de nulidade. Art. 2º: As relações extra-matrimoniais entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado são proibidas. Art. 3º: Os judeus são proibidos de terem como criados em sua casa cidadãos de sangue alemão ou aparentados com menos de 45 anos. Art. 4º: I) - Os judeus ficam proibidos de izar a bandeira nacional do Reich e de envergarem as cores do Reich. II) - Mas são autorizados a engalanarem-se com as cores judaicas. O exercício dessa autorização é protegido pelo Estado. Art. 5º: I) - Quem infringir o artigo 1º será condenado a trabalhos forçados. II) - Quem infringir os artigos 3º e 4º será condenado à prisão que poderá ir até um ano e multa, ou a uma ou outra destas duas penas. Art. 6º: O Ministro do Interior do Reich, com o assentimento do representante do Führer e do Ministro da Justiça, publicará as disposições jurídicas e administrativas necessárias à aplicação desta lei.

alemã. A introdução de tais elementos anímicos no direito posto, por sua vez, consistiu em etapa secundária dentro do programa de totalização do poder, que não poderia ocorrer abruptamente. Da maneira como se deu a manipulação das consciências individuais, o imaginário social, impregnado de referências simbólicas desqualificantes da comunidade judaica e de outras minorias étnicas, já estava historicamente preparado para receber tal legislação. Estes grupamentos humanos subordinados foram tendenciosamente identificados como inimigos do bem comum e como estorvo ao desenvolvimento socioeconômico.

Parte do projeto de recrudescimento do poder político nazista passava de forma imprescindível pela necessidade de formação de mentalidade nacionalista, baseada no discurso da ideia de pureza de raça. O que era antes considerado como simples conveniência social, transformou-se em obrigação e meta política com a introdução de tais preceitos no sistema jurídico.

Sem um sistema jurídico formalista, metodologicamente fechado à realidade ontológica, o projeto nazista de extermínio étnico e social teria sido significativamente estorvado. Houvesse alguma forma de questionar a validade do conteúdo dos dispositivos jurídicos mencionados, talvez o desfecho fosse outro.

5 A TIPOLOGIA DA EXCLUSÃO

O estudo e o reconhecimento pedagógico da importância da educação para os Direitos Humanos, por meio do aprendizado histórico, viabilizam a compreensão da cidadania como requisito imprescindível para se viver com dignidade. Neste sentido, reconhecemos que o processo de desumanização sofrido pelo povo judeu, necessário ao projeto nazista de extermínio, desenvolveu-se aos poucos, a partir da decomposição gradual de aspectos centrais ao direito de cidadania daquelas pessoas.

A cidadania pode ser entendida como a possibilidade de realização do conjunto de prerrogativas legais individuais, políticas e sociais, necessárias para que se possa usufruir os benefícios e gozar isonomicamente as oportunidades resultantes da vida em sociedade com justiça e equidade. Seguindo a lógica moral dos valores fundamentais, tal condição existencial pode ser simplesmente compreendida como capacidade de exercício de direitos e garantias essenciais à vida com dignidade.

Sem a possibilidade de realização das faculdades disponíveis e indisponíveis que compõem institucionalmente a figura do cidadão não há nem mesmo como assegurar a noção jurídica de pessoa. Este termo relaciona-se à possibilidade de se titularizar direitos e de se vincular obrigações em determinado ordenamento jurídico. Em regra, somente uma pessoa física ou jurídica pode assumir estas qualidades – coisas e animais, por exemplo, no sentido ideal, são apenas objetos de direitos, não sujeitos.

Desta maneira, a noção dogmática de homem para o direito positivo revela-se como a somatória de atributos físicos e morais, predeterminados pela ordem jurídica. “Homem”, neste modelo pragmático, é conceito capaz de ser contido em uma mera

definição jurídica, cuja variação semântica pode determinar distinções mais ou menos significativas do ponto de vista cultural ou social. O fato é que sem um conteúdo moral valorativo para o ideal de dignidade, a noção fica completamente à mercê da produção oficial legislativa.

Para entender melhor as repercussões desta assertiva, imagine retirar todo o patrimônio jurídico, físico e moral, arregimentado por alguém durante sua existência – tal como o nome, a honra subjetiva, os predicados pessoais de estado, os direitos civis, políticos, individuais e sociais, os bens materiais etc. Nesta situação, o que resta? Biologicamente vemos um membro da espécie humana; mas, na prática, para o mundo cívico, não temos nada além de um objeto.

Longe de representar hipótese cerebrina, a situação acima colocada apresenta-se espalhada amiúde em diversos momentos significativos da história da humanidade. Percebemos diversos exemplos em que membros da espécie foram alijados da condição humana simplesmente por um capricho conceitual da legislação, por uma “canetada”. Assim ocorreu com as vítimas diretas do escravismo no Brasil, durante quase duas centenas de anos, com os negros americanos que vivenciaram as leis de “*Jim Crow*”, no início do século XX, ou com os judeus que sofreram a perseguição nazista, oficializada com as “Leis de Nuremberg”. O fato histórico pode até mudar, mas o processo de desumanização permanece semelhante. Percebe-se que a retirada oficial das faculdades que compõem a ideia formal de cidadania, em regra com a promulgação de leis discriminatórias, parece sempre representar o passo antecedente à transformação de seres humanos em coisas descartáveis, com a retirada completa de direitos e garantias fundamentais.

Primo Levi, um dos poucos judeus que sobreviveram a *Auschwitz*, relata com precisão este processo de degradação, sofrido por todas as vítimas do Holocausto, ao descrever o mecanismo sistemático de desumanização que as pessoas submetidas aos campos de concentração sofreram no apogeu da dominação nazista. Para tanto, de forma contundente, o grande ativista menciona o seguinte:

Condição humana mais miserável não existe, não dá para imaginar. Nada mais é nosso: tiraram-nos as roupas, os sapatos, até os cabelos; se falarmos, não nos escutarão – e, se nos escutarem, não nos compreenderão. Roubarão também o nosso nome, e, se quisermos mantê-lo, deveremos encontrar dentro de nós a força para tanto, para que, além do nome, sobre alguma coisa de nós, do que éramos (...) Mas que cada um reflita sobre o significado que se encerra mesmo em nossos pequenos hábitos de todos os dias, em todos esses objetos nossos, que até o mendigo mais humilde possui: um lenço, uma velha carta, a fotografia de um ser amado. Essas coisas fazem parte de nós, são algo como os órgãos de nosso corpo... Imagine-se, agora, um homem privado não apenas dos seres queridos, mas de sua casa, seus hábitos, sua roupa, tudo, enfim, rigorosamente tudo que possuía; ele será um

ser vazio, reduzido a puro sofrimento e carência, esquecido de dignidade e discernimento... transformado em algo tão miserável, que facilmente se decidirá sobre sua vida e sua morte, sem qualquer sentimento de afinidade humana... Meu nome é 174.517; fomos batizados, levaremos até a morte essa marca tatuada no braço esquerdo (...)²⁰

A demonstração desta característica em vários outros momentos históricos da humanidade indica a discriminação de minorias mediante legislação formalista como característica arquetípica constante no projeto multigeracional do poder totalitário, que se disfarça na forma, mas permanece o mesmo no conteúdo.

A professora Maria Luiza Tucci Carneiro, analisando as características do processo de dominação do Brasil Colônia pela Coroa Portuguesa, suscita a discriminação do cristão novo, e sua consequente exclusão dos setores participativos da sociedade, como vetor importantíssimo na formação de espécie de cultura da desconfiança, onde somente os bem-nascidos teriam o merecimento suficiente para gerenciar os interesses da Nação.²¹

A autorização velada para a eliminação do diferente, do inimigo objetivo, permanecia como espécie de etapa necessária à solidificação da consciência nacional e ao desenvolvimento social inclusive no Brasil colonial. A legislação da ocasião, exposta dentre outras pérolas por meio dos chamados “Estatutos de Pureza de Sangue”, demonstrou elementos jurígenos discriminatórios quase idênticos aos do projeto nazista.

Mais uma vez percebemos a necessidade do estabelecimento de estrutura jurídica conveniente e de um sistema de leis compatível para se efetivar qualquer projeto totalitário de dominação e controle. Neste aspecto, retratando com precisão o processo normativo de oficialização da exclusão e do racismo, como peças integrantes de empreendimento mais amplo de controle absoluto social, é significativa a seguinte constatação, apresentada pela mencionada Professora:

Através do estudo das narrativas discursivas impressas na legislação, podemos perceber como se processava o sistema de relações sociais articulado de forma a afastar os cristãos-novos do grupo de *status*. No início do século XVI, antes mesmo das leis discriminatórias se institucionalizarem em Portugal através da legislação geral, os cristãos-novos já eram proibidos de ocupar cargos eclesiásticos, de ter acesso às confrarias, às Ordens Militares e aos cargos de governos administrativos e militares. Ao impor regras para a seleção de seus membros, essas instituições definiam onde e como deveriam se processar as práticas sociais. Dessa forma, as atitudes sociais contra o cristão-novo assumiram

²⁰ LEVI, Primo. *É Isto um Homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1998. p.25.

²¹ CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *Preconceito Racial em Portugal e Brasil Colônia: os cristãos-novos e o mito da pureza de sangue*. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 58-68.

as características de um racismo institucional, passando a limitar as escolhas, os direitos, a mobilidade e o acesso de grupos de cristãos-novos a certas posições. Posições estas consideradas dignas apenas daqueles que não tinham “mancha” da raça da gente da Nação.²²

Identificada com o primeiro grupo – o dos “preferidos” – de um lado, temos uma massa de pessoas que reproduzem o discurso dominante e que auferem as vantagens do poder. Percebidos como inimigo objetivo, do outro lado, temos os indivíduos e grupos minoritários, marginalizados e renegados, sujeitos à discriminação social e à perseguição pelos mecanismos de Estado. Este verdadeiro arquétipo dualista da discriminação e dominação política institucionalizada pode também admitir variações quantitativas que servem, utilitariamente, para disfarçar vestígios de perplexidade capazes de dimanar críticas ao sistema opressivo. Este, não só faz questão, mas precisa esconder sua verdadeira fisionomia.

Em alguns outros exemplos históricos, como o modelo deturpado de cidadania, exposto nas chamadas leis de “*Jim Crow*”, percebemos que o viés discriminatório da legislação foi camuflado por concessões, ou favores, emprestados pela estrutura de dominação aos desonrados pela cor da pele.

Este conjunto difuso de leis específicas, que vigorou por quase cem anos, a partir de 1876, formou verdadeiro sistema jurídico discriminatório em face de minorias étnicas existentes nos Estados Unidos, como a dos afros-descendentes e asiáticos. Oficializou-se com tal modelo jurídico uma espécie de *apartheid* naquele País, diferenciando e segregando entre as hipotéticas “raças”, os direitos de utilização do espaço e dos serviços públicos que, sob certa ótica salutar, deveriam estar disponíveis a todo cidadão.²³

Apesar desta maquiagem perturbadora, utilizada para disfarçar o espanto de suas incongruências morais, o mecanismo excludente de desumanização do outro permanece intocável na origem do problema, portando-se, fundamentalmente, como etapa progressiva sintomática de determinado processo de dominação política autoritária.

O que os Direitos Humanos procuram fazer é algo bem diferente: buscam vincular parte significativa do potencial transformativo da ordem jurídica a serviço do próprio homem, libertando sua essência moral das vicissitudes e conveniências de alguma legislação politicamente variante no tempo e no espaço. Com a noção ontológica de dignidade da pessoa humana, transmuta-se a ideia de “Homem” do “ter” para o “ser”; ou seja: sob a ótica dos Direitos Fundamentais, basta ser Homem para ter direitos indisponíveis assegurados.

²² CARNEIRO, Maria Luíza Tucci. *Preconceito Racial em Portugal e Brasil Colônia: os cristãos-novos e o mito da pureza de sangue*. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 67-68.

²³ A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da segregação escolar resultante destes dispositivos discriminatórios somente em 1954, no caso *Brown versus Board of Education*. A revogação completa de todas as outras demais disposições normativas segregacionista somente ocorreu mais tarde, com o *Civil Rights Act*, de 1964.

6 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UM PASSO À FRENTE

Diante de sua dimensão ética, vocacionada à preservação de certos valores humanos supremos e indisponíveis à sociedade mundial, a própria implementação dos Direitos analisados também se porta, isoladamente, como direito fundamental específico. A efetivação dos Direitos Humanos é, de direito, obrigatória.

Todavia, o que é efetividade? Tal potencialidade admitiria apenas uma dimensão pragmática, relacionada à possibilidade de concretização? Ou poderíamos entender a efetividade como parte de mudança estrutural na forma de interpretação da norma jurídica pelos administradores e aplicadores da lei? Acreditamos que a resposta à questão, na linha substancialista defendida neste trabalho, acaba por admitir as duas possibilidades tratadas.

No primeiro aspecto suscitado, apesar dos tropeços renitentes e cheios de opróbrio, ressaltamos que o processo de caminhada da humanidade tende à conformação prática de novos direitos, ligados de várias formas à cultura da paz com autonomia e ao respeito ao outro. Sem a efetivação propriamente dita dos Direitos Fundamentais já formalmente conquistados, teríamos poucas condições de avançar nestes novos momentos históricos.

Ocorre que efetividade também indica necessidade de estabelecimento de nova forma menos dogmática de interpretação das normas relacionadas aos Direitos Humanos. A modalidade de interpretação substantiva deve se encontrar ligada mais à preservação do conteúdo valorativo dos Direitos Fundamentais que à valorização da esterilidade estética de formas inanimadas.

Este segundo aspecto tratado é de suma importância, pois a introdução da noção de preservação de valores parece romper o paradigma técnico, que enxerga na lei, positivada em algum texto normativo, o único limite ao Direito e à Justiça. Aliás, a maneira dogmática de interpretar a norma jurídica, como já mencionado, foi amplamente difundida pelos arquitetos do sistema nazista, que alicerçaram todo o seu projeto de extermínio em estrutura legislativa kelseniana.

O reconhecimento dos Direitos Fundamentais introduziu a necessidade de se compatibilizar o conteúdo dos direitos para a validação de determinadas disposições normativas. Assim, na prática judiciária, não basta apenas perfeição formal, mas também compatibilidade substancial, que não pode ferir a estrutura valorativa preexistente. Sem o cumprimento desta condição de fundo torna-se passível de invalidade tanto a regra produzida, quanto a decisão judicial ou medida administrativa praticada pelo Estado.

Executivo, Legislativo e Judiciário, como as três esferas de competência, tradicionalmente representativas do poder político no modelo constitucional brasileiro, por exemplo, devem contribuir igualmente dentro de suas funções para a efetivação destes Direitos em todas as suas dimensões, proporcionando a formação de uma cultura que favoreça a inclusão e a igualdade.²⁴

²⁴ Poderíamos citar vários casos onde, em detrimento do dever de efetivação dos direitos humanos fundamentais, percebemos francamente manifestações mais ou menos veladas de autoritarismo estatal no Brasil. Citamos

7 AÇÕES AFIRMATIVAS E OPORTUNIDADES SOCIAIS

John Rawls, procurando entender o processo de formação das crescentes desigualdades sociais, evidenciadas sintomaticamente pelo capitalismo tardio, desenvolveu sua teoria da justiça baseando-se em dois postulados estruturais, quais sejam:

1) *Primeiro princípio*: toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais, que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

2) *Segundo princípio*: as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos e em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.²⁵

A ideia da implementação de ações afirmativas, como instrumento de concretização de justiça equitativa, encontra-se descrita no final do segundo princípio e surge como instrumento político, ligado à necessidade de concretização da igualdade material em Estado comprometido com a implementação de valores democráticos. Ações afirmativas, em linhas gerais, são “discriminações positivas”, efetuadas pelas três esferas de poder, necessárias à efetivação de Direitos Fundamentais.

Apesar de todas as pessoas serem formalmente iguais diante da lei, o que ocorre na prática é que as profundas desigualdades econômicas e sociais, bem como a concentração de riquezas, originam ostensivas diferenças de oportunidades, determinando, antecipadamente, tendências ao fracasso de uns e o sucesso de outros. As ações afirmativas – como o regime de cotas para negros, as estabelecidas pelo Estatuto do Idoso e como as gerenciadas pela Lei 9504/96²⁶, por exemplo –, encontram-se localizadas no campo da efetivação dos Direitos Humanos, e servem justamente para balancear o desnível social de cidadania, cujas causas podem ser históricas, culturais ou políticas.

As “Leis de Nuremberg”, da maneira como foram introduzidas na sociedade alemã pelo Governo nazista, demonstraram com precisão como a perda progressiva da cidadania, pela retirada das oportunidades de determinado grupo discriminado de pessoas, por vicissitudes inerentes ao poder totalitário, é capaz de impossibilitar qualquer tentativa de concretização do ideal da dignidade humana que nos referimos acima.

Amartya Sen, neste sentido, informa que o desenvolvimento humano poder ser visto como processo contínuo de expansão das liberdades substantivas reais que as pessoas deveriam desfrutar através do exercício de oportunidades sociais.²⁷ O exercício de tais liberdades substantivas é mediado por valores que, por sua vez, são gerenciados

alguns tristes exemplos: 1) no Judiciário: decisão do STF que determinou a constitucionalidade da Lei de Anistia; 2) no Legislativo: a modificação da proposta inicial relacionada à Lei da Ficha Limpa; 3) no Executivo: A demolição de monumentos estéticos da opressão.

²⁵ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 344-345.

²⁶ Tal legislação garante 30% no mínimo de presença feminina nas candidaturas dos partidos políticos.

²⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2003. p. 18-19.

por discussões públicas e interações sociais contínuas. O processo é cíclico e contínuo, retroalimentando-se de maneira a formar uma cadeia de eventos.

O desenvolvimento humano pode e deve ser visto de maneira integrada pela expansão das liberdades substantivas interligadas – como a liberdade de participação política, de receber educação básica, assistência médica e outras correlacionadas. Estes direitos fundamentais, ao contrário do que ocorreu nos regimes de exceção que apresentamos nesta breve exposição, devem ser estimulados e aprimorados substancialmente pelos gestores da coisa pública, pois, como fatores essenciais ao desenvolvimento da sociedade, estão dependentemente interligados, fomentando-se a si mesmos como os galhos e folhas de uma mesma árvore.

O fato é que, mediante oportunidades sociais adequadas, os indivíduos aprimoram sua capacidade de autodeterminação, podendo comandar o próprio futuro e o dos seus semelhantes por meio do exercício da solidariedade. Bens materiais e valorativos bons, via de regra, se social e politicamente cultivados, ensejarão valores melhores ainda, aprimorando em verdadeira reação em cadeia a prática social existente.

Da mesma maneira, só que em sentido contrário, aprimorando e expandindo a miséria como resultado material, o estímulo às privações originará outras privações maiores ainda, sempre em movimento cíclico, contínuo e crescente.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente reflexão serviu para entendermos melhor a importância do valor moral para a concretização de um sistema jurídico capaz de proteger os Direitos Humanos Fundamentais.

Em um sistema político democrático, forma e substância devem integrar-se em modelo binário de legalidade para a otimização desses parâmetros valorativos essenciais ao exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *Preconceito Racial em Portugal e Brasil Colônia: os cristãos-novos e o mito da pureza de sangue*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

LEVI, Primo. *É Isto um Homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio. uma leitura das Teses “Sobre o Conceito de História”*. São Paulo: Boitempo, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEDROSO, Regina Célia. *10 de Dezembro de 1948: a Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Lazuli, 2006. (Série Rupturas).

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 2001.

SCHOENBERNER, Gerhard. *A Estrela Amarela: a perseguição aos judeus na Europa 1933-1945*. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2003.

TODOROV, Tzvetan. *Memória do Mal, Tentação do Bem*. Tradução Joana Angélica D’Ávila Melo. São Paulo: Arx, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig Joseph Johann. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Edição brasileira. São Paulo: Edusp, 1994.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA TEORIA DE ROBERT ALEXY: UMA ANÁLISE SOBRE O CARÁCTER ABSOLUTO OU RELATIVO NA ORDEM JURÍDICA¹

LORENA MOURA BARBOSA DE MIRANDA²

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Princípios. Regras.

1 INTRODUÇÃO

A positivação da dignidade da pessoa humana, como valor básico e fundante do Estado Democrático de Direito,³ fruto do pensamento humanístico contemporâneo - que passa a reconhecer a pessoa humana como primado ontológico e finalístico do direito,⁴ vem gerando grandes discussões em torno de seu sentido e densificação normativo-constitucional. Para além de mera ideia apriorística do homem, releva notar particularmente a sua aplicabilidade normativo-sistêmica e a necessidade de se delimitar a possibilidade ou não de sua relativização, diante de todas as outras normas prescritas na ordem jurídica.

Com efeito, cinge-se o objeto do presente trabalho, em promover uma reflexão acerca da estrutura e característica normativa da dignidade da pessoa humana⁵, bem como seu modo de aplicabilidade e possível derrotabilidade, além da sua relação com os demais princípios e regras prescritos no ordenamento jurídico, com base na doutrina de Robert Alexy, no escopo de firmarmos a posição tensionada em torno do carácter absoluto ou relativo da norma portadora do princípio em questão, diante do questionamento acerca da possibilidade de proteção da dignidade de determinado indivíduo, em detrimento de outros princípios ou direitos fundamentais de terceiros, em casos de colisão.

¹ Para fins deste *Paper* será aplicada a norma culta da língua portuguesa adotada no Brasil.

² Promotora de Justiça, do Ministério Público do Estado do Pará.

³ Cf. Peter Habermas. O autor desenvolve o tema da dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, no âmbito do direito internacional, do direito comparado, e ainda como princípio diretivo da jurisprudência dos Tribunais Superiores. *A dignidade como fundamento da comunidade estatal*, trad. Ingo Sarlet e Pedro Aleixo, in: *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, ed. Livraria do Advogado, trad. Ingo Sarlet e outros, 2ª edição, Porto Alegre, 2013, págs. 45 a 62.

⁴ Jürgen Habermas percebe o princípio da dignidade da pessoa humana, como a fonte moral da qual se alimentam os conteúdos dos direitos fundamentais. O autor faz uma análise do ponto de vista sistemático do papel catalisador que o conceito de dignidade desempenha na composição dos direitos humanos. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, edições 70, trad. Marian e Teresa Toldy, Lisboa, 2011, pág. 31.

⁵ Consideramos no presente trabalho, as expressões “dignidade da pessoa humana” e “dignidade humana”, como equivalentes, em que pese tenhamos conhecimento das discussões travadas no âmbito doutrinário acerca das diferenças entre as expressões, será no mesmo sentido que usaremos uma ou outra ao longo da exposição do tema. Sobre as posições doutrinárias conferir Paulo Otero. *Instituições políticas e constitucionais*, vol. I, ed. Almedina, 2ª edição, Lisboa, 2016, pág. 546-550.

2 A ESTRUTURA CONCEITUAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A assimetria temporal entre a história que levou a prescrição dos direitos humanos (séc. XXII) e o surgimento da dignidade da pessoa humana como norma jurídica, se explica certamente pelos trágicos e desumanos acontecimentos históricos vivenciados pela humanidade com o Holocausto e os massacres da Segunda Guerra Mundial (1945), em que pese não se possa negar a íntima conexão entre este princípio e aqueles direitos, embora *prima facie* haja apenas uma ligação implícita.⁶

Reconhecida como a obrigação universal de respeito pela humanidade de toda e qualquer pessoa, independente de raça, credo ou nacionalidade, a dignidade da pessoa humana, não é tão somente uma expressão vazia surgida *a posteriori*. É em verdade um grande feixe, contendo uma multiplicidade de fenômenos diversos, enquanto fonte valorativa da qual se nutrem todos os direitos fundamentais.⁷

Dessarte é a partir da percepção de que a espécie humana é absolutamente idêntica, no que tange a carga genética, aos fatores e necessidades biológicos, à racionalidade, à capacidade de vivenciar sensações e emoções, sendo dotada de livre vontade e consciência, é que se percebe a real necessidade de que todos os seres humanos sejam respeitados de igual forma como sujeitos de direitos, e em especial tenham garantido a possibilidade de desenvolverem a sua existência de forma digna.⁸

Passamos em verdade, a partir da positivação da dignidade humana, a viver o início da construção de um grande sistema jurídico de proteção do ser humano, o que se percebe a partir da configuração normativa dada ao princípio em testilha nas Constituições contemporâneas,⁹ que todavia, precisa estar engrenado harmoniosamente, para que surta seus necessários efeitos, e venha efetivamente a tornar a condição humana, mais digna e socialmente justa, a partir de uma aplicação normativa segura e sistematicamente composta, diante das demais normas da ordem jurídica.

Em análise à dignidade enquanto fonte jurídico positiva de critérios substanciais, estaticamente inviolável e requerente de respeito e proteção em face dos Poderes constituídos, observa-se a necessidade para a concepção do seu conteúdo normativo, da conjugação de aspectos descritivos ou empíricos, com elementos normativos ou avaliativos.¹⁰ Uma base descritiva ampla, conforme exige a norma em comento, perpassa

⁶ Cf. Jürgen Habermas. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, edições 70, Lisboa-PT, 2012, pág. 31.

⁷ *Idem, ibidem*.

⁸ Cf. Michael Rosen. *Dignity: its history and meaning*, Harvard University press, Cambridge-UK, 2012, pág. 2-54.

⁹ Cláusulas a respeito da dignidade humana encontram-se alocadas em especial hierarquia, principalmente nas Constituições dos mais jovens Estados-constitucionais.” A afirmativa é de Peter Häberle. O autor segue citando e comentando diversos artigos que prescreveram o princípio da dignidade humana, em Constituições de diversos Estados Democráticos de Direito contemporâneos. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*, ed. Livraria do Advogado, 2ª edição, Porto Alegre - BR, 2013, pág. 50.

¹⁰ Cf. R. Alexy. *A Dignidade humana e a análise da proporcionalidade*. In: *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*, ed. Qualis, 1º edição, org. Robert Alexy e outros, Florianópolis-BR, 2015, pág. 24.

necessariamente pelo conceito de pessoa, que atenda a tríade condicional inteligência, sentimento e consciência, somado a autonomia,¹¹ ou seja, capacidade de fazer escolhas e se auto-determinar, sendo esta a base de toda natureza racional humana.¹²

O aspecto normativo por sua vez, é representado pela conexão entre o conceito de pessoa, conforme acima descrito, e o conceito de dignidade humana. A interligação é fulcrada no dado empírico de que toda e qualquer pessoa é portadora de dignidade pelo só fato de ser humana, o que por si só não torna explícita a dimensão normativa do princípio em testilha, conteúdo em torno do qual muitos envidam esforços em devendar.¹³

Com efeito, em que pese as diferentes concepções de dignidade, existe um norte axiológico, a partir do qual surge a “fórmula da natureza humana”, a qual tem como base a compreensão do indivíduo como um ser intelectual e autocrítico, guiado por sua razão, capaz de se autodeterminar e se desenvolver em liberdade, e que o só fato de ser humano o faz merecedor de respeito e proteção da sua posição subjetiva de sujeito de direitos na ordem jurídica.¹⁴ Existe ainda um consenso em torno do fato de que não se trata da liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas sim de uma pessoa vinculada a uma comunidade de pares, a eles naturalmente socializada, e responsável pelo respeito à igual dignidade de todos com quem vier a relacionar-se.¹⁵

¹¹ R. Alexy, desenvolve o conceito duplo-triádico de pessoa conforme segue em suas palavras: “Para ser considerada pessoa, deve-se atender a três condições, por dois turnos seguidos. A tríade tem por condições: a um, a inteligência; a dois, o sentimento; e, a três, a consciência. Ressalve-se que possuir inteligência, tão somente, não garante a condição de pessoa, basta registrar que também os computadores têm, mutatis mutandi, e não são pessoas, até o ponto atual de seu desenvolvimento. A vinculação estabelecida entre a inteligência e o sentimento, de igual forma, é incompleta para caracterizar a condição de pessoa, tanto que também os animais podem ser, ao menos até determinado grau, inteligentes e sensíveis, e nem por isso são considerados pessoa. Destarte, a terceira condição da primeira tríade é consciência – para ser mais preciso, a autoconsciência – que constitui condição vital inafastável, e é definido pela reflexividade.” Alexy classifica ainda a reflexividade em cognitiva, volitiva e normativa. *A Dignidade humana ... op. cit.*, pág. 25.

¹² A Formulação mais proeminente de autonomia inegavelmente é a de Immanuel Kant, segundo a qual: “Só o ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade.” Hodiernamente, percebe-se referida teoria como em parte superada, já que a autonomia para Kant não se relacionava com o direito do indivíduo de agir como quiser, mas sim ao dever de atuar conforme suas próprias leis morais, que o direcionariam para o que é bom, dissociado de qualquer tipo de inclinação, o que não é necessariamente possível, já que há por exemplo limitações econômicas e culturais que tornam certas escolhas extremamente difíceis. Ademais os genes humanos e a própria criação e educação de cada indivíduo, devem ser considerados como fatores relevantes na escolhas que fazemos, além ainda de obstáculos psicológicos, alojados no inconsciente de cada um, os quais na maioria das vezes não são conhecidos ou percebidos. Para o exame da questão sob uma perspectiva filosófica, conferir Sérgio Paulo Rouanet. *A razão cativa: as ilusões da consciência, de Platão a Freud*, ed. Brasiliense, 3ª ed., Brasília – DF, 1990, *in passim*.

¹³ Cf. Ronald Dworkin, o autor desenvolve a interligação entre dignidade e o valor intrínseco de cada ser humano. *Is Democracy possible here. Principle for a new Political Debate*, Princeton University Press, Oxford – UK, 2006, pág. 09.

¹⁴ Aqui os direitos fundamentais são percebidos como extensão consequente da proteção da dignidade humana, em que cada um carrega em si uma parcela de dignidade, já que ao ser protegido um direito fundamental, protege-se também o aspecto de dignidade nele contido, diferente da ideia da dignidade como fundamento dos direitos fundamentais. Sobre referido paradoxo conferir Jeremy Waldron. *Is dignity the Foundation of Human Rights (colocar pt de interr.)*, University Public Law and Legal Theory Working Papers, New York - USA, 2013, pág. 39.

¹⁵ (...) “a liberdade toca nossas vidas em um nível muito básico, e exige que os outros devam respeitar essas preocupações profundamente pessoais que todos tendem a ter.”(...) Amartya Sen. *A idéia de justiça*, ed.

Assim, o que de fato importa é a relevância nevrálgica que porta o conceito de liberdade, na análise da dignidade humana, qual seja um status de liberdade jurídico negativa, enquanto ausência de interferências externas sobre o indivíduo nas suas escolhas pessoais, que necessariamente deve conviver, com as restrições impostas pelo legislador, com o objetivo de manter e fomentar a convivência social, tratando-se a equação de ambos, o resultado conformador de uma das condições necessárias para o conceito juridicamente relevante de dignidade humana.¹⁶

Ademais, como dito anteriormente, para além do princípio formal da liberdade negativa, concorrem à formação do conteúdo jurídico da dignidade humana, a conjugação de um feixe de condições envolvendo direitos e deveres, que se referem às condições materiais, de cuja satisfação depende a garantia da dignidade. Dentre estes estão aqueles que tem por objetivo a proteção da integridade e desenvolvimento físico e mental, implicando o respeito e consideração por parte do Estado e de cada um de seus pares, por um complexo de direitos fundamentais, geradores de outros deveres, que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho desumano ou degradante, que o retire a condição de pessoa, através da instrumentalização ou coisificação conforme registrado no item subsequente.¹⁷

2.1 O consenso sobreposto e a fórmula do objeto

Em que pese a complexa teia de direitos e deveres que defluem da dignidade, extrai-se desta, um núcleo básico, em torno do qual percebe-se uma “estabilização consensual”, que é o elemento descritivo subjacente à norma, de que qualquer indivíduo possui um valor intrínseco, pelo só fato de ser humano, valor este que deve ser respeitado por todos e protegido pelo Estado. Decorre diretamente deste valor, alguns impedimentos para determinadas formas de tratamentos, servindo como um fator gerador do que ficou conhecido como a “fórmula do objeto”, conforme veremos no presente item.

A Temática requer o destaque para a mais célebre formulação do valor intrínseco do ser humano desenvolvido por Immanuel Kant. O autor elaborou uma teoria moral deontológica, fundada em imperativos categóricos, passíveis de validação universal através da chamada “fórmula do fim em si mesmo”, a qual destaca que todo e qualquer indivíduo deve se comportar nas suas relações intersubjetivas, tanto pra si como para

Companhia das letras, trad. Denise Bottam e Ricardo Donielli Mendes, São Paulo - BR, 2011, pág. 333.

¹⁶ Cf. Fundamentos do Tribunal Constitucional Federal Alemão na decisão BverfGE 45, 187 (242 – 52), em processo de execução de pena de prisão perpétua. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>. Acesso em: 02 jul. 2018.

¹⁷ O conjunto de princípios materiais componentes do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana é nominado por Maria Celina Bodin como “substrato material da dignidade”. A autora, desdobra a dignidade em quatro princípios: igualdade (não apenas formal, mas também material, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade). *O princípio da dignidade da pessoa humana, in passim. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional, ed. Renovar, Rio de Janeiro - BR, 2010.*

qualquer outra pessoa, como um fim em si mesmo e nunca como meio para a consecução de algum interesse ou objetivo, por mais justo que seja.¹⁸

A partir da fórmula Kantiana, desenvolveu-se um “consenso sobreposto” em torno do valor intrínseco da dignidade humana, identificado como o núcleo básico (*minimum core*) da dignidade da pessoa humana, compreendendo as proposições imperativas de que cada ser humano possui um valor intrínseco por ser humano, que deve ser reconhecido e respeitado por seus pares. Desse valor decorrem impedimentos para determinadas formas de tratamentos pessoais e interpessoais, o que gera para o Estado o reconhecimento de que este seja visto como existente não em função própria, mas em função dos seres humanos, já que a ele cabe o cumprimento e a garantia da norma em referência.¹⁹

Já no direito alemão a “fórmula do objeto” foi desenvolvida por Günter Durig em sua Lei Fundamental da dignidade humana,²⁰ com clara influência Kantiana, vindo a ser posteriormente adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão e por outras Cortes por todo o mundo contemporâneo, através da construção da norma prescritiva da dignidade humana, em torno da máxima da não instrumentalização, por meio da exclusão de todo e qualquer tratamento desumano ou degradante que reduza o indivíduo a mero *status* de instrumento ou coisa. E em que pese as várias críticas sofridas, muitas vezes pela aplicação inconsistente e indeterminada, a doutrina é considerada adequada para o fim a que se dispõe.²¹

Superados os breves comentários acerca dos contornos da dignidade da pessoa humana, vejamos a Teoria de Robert Alexy, móvel essencial do presente trabalho.

¹⁸ “O homem, é, duma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais ele tem sempre que ser considerado simultaneamente como fim.” Immanuel Kant. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Edições 70, trad. Paulo Quintela, Lisboa – PT, 2007, pág. 68.

¹⁹ Christopher McCrudden, trata sobre o valor intrínseco da dignidade humana, identificando a existência de um “consenso sobreposto” (*overlapping consensus*) em torno da idéia de que o valor intrínseco da pessoa, representa o núcleo básico (*minimum core*) da dignidade da pessoa humana, compreendendo as seguintes proposições: “cada ser humano possui um valor intrínseco por ser humano”, e “este valor intrínseco deve ser reconhecido e respeitado pelos outros”, dispondo ainda que desse valor decorrem impedimentos para determinadas formas de tratamento, o que gera para o estado o reconhecimento de que este seja visto como existente não em função própria mas em função dos seres humanos. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*, ed. European Journal of international Law, Firenze, v. 19, n. 4, 2008, págs. 23-24. *Apud* Daniel Sarmento. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*, ed. Forum, Belo Horizonte - BR, 2016, pág. 105.

²⁰ Cf. Günter Durig. *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. Archiv des Öffentlichen Rechts*, n. 81, 1956, *apud* Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, Livraria do advogado, Porto Alegre – BR, 2001, pág. 148.

²¹ Sobre as críticas conferir Martin Nettesheim. *Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos in Art. 130*, 2005, pág. 71 e segs. Disponível em: https://www.jura.unituebingen.de/professoren_und_dozenten/nettesheim/NettesheimGarantiederMenschenwrde.pdf. Acesso em: 04 abr. 2018.

3 A DUPLA FACE DA DIGNIDADE SEGUNDO ALEXY

3.1 Norma como princípio e como regra: um intróito necessário

A tese defendida por Robert Alexy, quanto a derrotabilidade da norma que prescreve a dignidade da pessoa humana, e sua concepção relativa e absoluta, é desenvolvida com base na teoria dos princípios, razão pela qual, mister a exposição do presente tópico a partir da apresentação dos elementos básicos de referida teoria, necessários a compreensão da questão em testilha.

A definição normativo-teórica dos princípios, depende diretamente da distinção entre estes e regras, que não só constitui um ponto de partida para as respostas que buscamos no presente labor, como também constitui para o autor um dos pilares fundamentais do edifício representado pela dignidade da pessoa humana.²²

Urge esclarecer *prima facie*, que diferente da doutrina tradicional, que distinguia norma e princípio, Alexy faz a distinção entre princípio e regra, pois considera ambos como subespécies de normas, já que esta e aquele prescrevem o dever ser, estando portanto no plano deontológico, a partir da ação descrita determinante de uma obrigação, permissão ou proibição.²³ Destarte, assim como as regras, os princípios também expressam juízos concretos de um dever ser, com a diferença de serem espécie de normas com estrutura e aplicabilidade diversas.²⁴

Diferente de muitos autores, que sustentam que a diferença tensionada, encontra-se na generalidade, Alexy observa que o melhor critério a ser utilizado deve ser o qualitativo, já que princípios são mandados de otimização,²⁵ na medida em que ordenam a realização de algo em sua configuração máxima, podendo, no entanto, ser realizado em graus variados, subordinado às condições fáticas e jurídicas dadas pelas circunstâncias do caso concreto.²⁶

A estrutura dos princípios, se relaciona diretamente com a possibilidade de ponderação, em que o balanceamento entre princípios colidentes, é feito através da análise da proporcionalidade²⁷, critério originado da idéia de igualdade e justiça, a partir de uma primeira abordagem platônica e Aristotélica²⁸, que posteriormente ganha nova

²² Cf. Robert Alexy sobre a amplitude do conceito de princípio. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros editores, 2ª edição, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, 2006, pág. 114 – 116.

²³ Nesse ponto específico, a distinção apresentada por Robert Alexy, assemelha-se a distinção apresentada pela doutrina de Ronald Dworkin. *The model of rules I in: Taking rights seriously*, Harvard University press, Cambridge - UK, Massachusetts – USA, 1978, pág. 22 e segs.

²⁴ Cf. Robert Alexy. *Teoria dos direitos ... op. cit.*, pág. 87.

²⁵ Ressalte-se que o conceito de mandamento utilizado por Robert Alexy, está posto em sentido amplo, incluindo também permissões e proibições. *Teoria dos Direitos ... op.cit.*, pág. 90.

²⁶ Sobre otimização como diferença entre regras e princípios conferir Carsten Bäcker. *Regras, princípios e derrotabilidade*, Revista Brasileira de estudos políticos, ISSN 0034, e-ISSN2359-5736, 2011, pág. 52. Disponível e: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/127/445>. Acesso em 25 jul. 2018.

²⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho sobre a dimensão normativa do princípio da proporcionalidade. *Direitos Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª edição, Lisboa – PT, 2003, pág.271 e segs.

²⁸ Cf. Aristóteles, sobre a ideia de justiça. *Ética a nocômico*, Editora Universidade de Brasília, 3ª ed., trad. do grego

configuração, no espaço jurídico do pós-guerra, e apesar da distância nuclear entre os dois momentos históricos, sua essência de justiça permanece inalterada, como justa medida, refinada por diversos autores entre eles Alexy.²⁹

Com o autor em testilha a norma-princípio assume contornos invulgares, ao ser por este observada não somente de modo estático, mas considerada diante de todo sistema jurídico, em rota de colisão com outras normas, em que confrontam-se os bens, interesses e valores perseguidos pelos princípios em conflito, sendo a norma prevalente considerada proporcional em sentido estrito, caso se chegue a conclusão de que a satisfação dos interesses concretizados pela medida é superior ao sacrifício exigido.³⁰ Teriam assim os princípios uma dimensão de peso (*dimension of weight*), que se revelaria em caso de colisão.³¹

Em lado diverso, as regras segundo Alexy são normas portadoras de um conteúdo determinado tanto no âmbito fático como jurídico, devendo receber satisfação em caso de validade, já que a ação deve ser praticada em um determinado grau obrigatório. São, portanto, comandos definitivos de ação, ordenadoras de um comportamento determinado no dispositivo legal.³²

Em que pese o entendimento acima exposto, frente à norma prescritiva da dignidade humana, o autor em destaque, considera uma terceira possibilidade, já que especificamente quanto à dignidade como princípio, R. Alexy defende que pode ser representado normativamente como um mandado de otimização expresso através do dever de proteção e garantia do Estado e de consideração de cada indivíduo em suas relações intersubjetivas, pela humanidade de cada um, no entanto considera que a norma em comento tem um aspecto através do qual se apresenta como regra.

Com efeito, observa a existência de um aspecto nuclear e concretizador da dignidade humana que, segundo o autor em testilha, não se compatibiliza com a ponderação, encontrado a partir da “fórmula do objeto”, em que o princípio da dignidade humana, tem precedência sobre todo e qualquer princípio que com ele venha a colidir, bastando a constatação de sua violação.³³

Diante de objeções acerca da concepção relativa de dignidade, apontando para uma provável desvalorização do princípio em questão, Alexy apresenta algumas respostas ao que convencionou chamar “objeções de desvalorização”, entre elas uma consequência

Mário da Gama Cury, 2012, *in passim*.

²⁹ A importância do princípio da proporcionalidade tanto na prática jurisprudencial como na teoria constitucional é bem retratado por Alec Stone Sweet e Jud. Mathews. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in Columbia Journal of Transnational Law 47, 2008, pág. 72 – 164.

³⁰ Conforme Robert Alexy, determina a lei de ponderação que: “Quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro.” *A Dignidade humana ...op. cit.*, pág. 19.

³¹ Cf. Ronald Dworkin. *The model of rules I in: Taking rights seriously ... op. cit.*, pág. 26.

³² Cf. Robert Alexy. *A Dignidade humana ... op. cit.*, pág. 19.

³³ (...) “a qualidade como sujeito fundamentalmente desafiada quando a qualidade como uma pessoa se vê desafiada em sua essência. Neste caso, o princípio da dignidade humana tem precedência sobre todo e qualquer princípio que colida com ele.” (...) Robert Alexy. *A dignidade humana ... op. cit.*, pág. 31.

de específica revisão em seu entendimento, em que apesar de continuar adotando a tese da concepção relativa de dignidade, considera a existência de alguns desdobramentos do princípio que se encaminham para a concepção absoluta.

Tratam-se dos “casos fáceis”, em que percebe-se uma clareza na violação da dignidade, além do alto nível de confiabilidade epistêmica (fator considerado na fórmula do peso) a favor da dignidade e a racionalidade a partir da percepção de que a dignidade foi posta no ordenamento jurídico como a mais alta norma substantiva. Mas é na “fórmula do objeto” que resta mais evidente a concepção do autor da dignidade humana como regra, aplicada de maneira absoluta por ser considerada precedente em relação a todo e qualquer princípio, isso pela consideração de tratar-se da mais alta norma do sistema jurídico, em que não se pode invocar qualquer norma de nível inferior para justificar uma violação ou falta de violação, já que ambas são tidas como regras.

Não obstante a razoabilidade do entendimento supra exposto, nos questionamos como seria possível compatibilizar, um princípio que por sua complexa profundidade valorativa, carrega em si tanto aspectos de relatividade quanto um núcleo que em si deve ser considerado intagível?

Pensar em um princípio absoluto, demanda considerá-lo precedente em relação a todos os demais, em qualquer circunstância, independente de sopesamento, bastando a presença das premissas fáticas, necessárias para sua configuração, enquanto valor intransponível, já que não conhece nenhum limite jurídico subjacente à norma.

Alexy demonstra que tal concepção do princípio em testilha como absoluta de um modo geral, é geradora de uma contradição em uma ordem jurídico constitucional, que prevê em seu corpo normativo direitos fundamentais, já que se um princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites à esse princípio geraria a contradição de que numa hipótese de colisão, em que os direitos individuais de cada indivíduo encontram-se fulcrados no princípio absoluto, este deveria prevalecer para todos os envolvidos.³⁴

Diante da impossibilidade de que assim ocorra, percebe-se que o princípio da dignidade, considerando sua elasticidade característica, por ser fundada na própria essência humana, se visto como princípio absoluto em todos os seus termos, geraria uma incompatibilidade com a presença normativa constitucional, dos direitos fundamentais. Por outro lado, ver unicamente como princípio relativo, segundo o autor, o rebaixaria a mero “ponto de reflexão”,³⁵ afrontando as razões normativas que surgem ao procedermos uma análise sistêmica, a exemplo do argumento de contradição acima exposto, além

³⁴ “É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a direitos coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria a seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Robert Alexy. *Teoria dos direitos ... op. cit.*, pág. 111.

³⁵ Cf. Robert Alexy. *A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Dignidade humana ... op.cit.*, pág. 30.

de desconsiderar a existência no princípio da dignidade de um ponto de estabilização, consensual e sobreposto aos demais, que é a exata proibição de que o indivíduo, seja exposto a um tratamento que lhe reduza a condição de coisa, de modo degradante e desumano, violando seu estado inerente de sujeito de direitos.

Disposto a dar à dignidade um tratamento de garantia real e normativa compatível com o sistema jurídico constitucional contemporâneo, R. Alexy vê a dignidade humana parte como regra e parte como princípio,³⁶ sendo que enquanto regra, a dignidade possui um âmbito de extensão definido, classificado pelo Tribunal Constitucional Alemão como “*esfera nuclear de configuração da vida privada, protegida de forma absoluta.*” revelada a partir da máxima da não instrumentalização.³⁷ Nessa mesma decisão o Tribunal reconhece um âmbito absolutamente protegido da dignidade humana, onde não há lugar para um sopesamento nos termos da máxima da proporcionalidade.

Quanto ao entendimento do autor apresentamos algumas ponderações, as quais serão a seguir expostas.

3 A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO: NOTAS CRÍTICAS E CONCLUSIVAS

Prima facie, considerando que tanto regras como princípios aplicam-se por subsunção ao caso concreto, urge salientar que são as condições de aplicabilidade que nos importam na presente análise, ou seja, o modo como cada uma dessas normas, exercem a função de arrimo normativo para a tomada de decisões diante dos casos concretos, a partir da concepção de princípio como razões que dão fundamento à construção de uma “regra de colisão”,³⁸ a partir de um juízo de ponderação,³⁹ enquanto regras por sua vez, determinam o comportamento de forma direta.

Releva notar nesta altura que o próprio Alexy, considera que tanto regras quanto princípios podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever ser, de uma obrigação, permissão ou proibição, como dito anteriormente, razão pela qual

³⁶ Cf. Robert Alexy. *Teoria dos direitos ...op. cit.*, pág. 111.

³⁷ Disponível Em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/06/rk20080626_2bvr021908.html. Acesso em: 11 maio 2018.

³⁸ “No caso de princípios conflitantes, a solução é obtida através do balanceamento, ou seja, o uso da “fórmula do peso”: aqui os princípios são pesados e um deles prevalecerá sobre o outro. Consequentemente, o princípio prevalecente produz a solução do caso e uma “regra de colisão” é criada com os fatos dos casos e a consequência retirada do princípio vencedor.” David Duarte, *Analogia e equilíbrio: a tese de redutibilidade parcial e seus problemas*, *Revus* [Online], 25 | 2015, online desde 08 de junho de 2015, conexão em 05 de março de 2018. URL: <http://journals.openedition.org/revus/3244>; DOI: 10.4000 / revus.3244

³⁹ Cf. Jan Sieckmann, para quem a característica dos princípios como razões para os juízos de ponderação apresenta-se como a mais frutífera. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, pág. 87 apud Jan Sieckmann. *Norma jurídica*, pág. 919, disponível em <https://docplayer.es/26813981-Capitulo-24-norma-juridica.html>. Acesso em: 30 jun. 2018.

considera princípios tão portadores de juízos concretos de dever ser quanto regras,⁴⁰ existindo no entanto uma diferenciação marcante, qual seja a característica de que os princípios são sempre portadores de um mandamento de otimização, considerando que a medida de sua realização deve ser a busca da maior efetividade possível, concretizada a partir das possibilidades fáticas do caso concreto, enquanto regras por sua vez expressam um mandamento definitivo.⁴¹

Referida diferenciação, em que pese a singela semelhança entre as normas, denota que R. Alexy defende uma separação forte entre regras e princípios, em que as regras parecem bem definidas e estruturadas, considerada qualitativa e não de graus em que “toda norma ou é uma regra ou um princípio.”⁴²

O “Teorema da identificação exclusiva” (*Exklusion Theorem*) representado pela asserção acima exposta, de tão relevante para todo o sistema jurídico, pode ser considerada o axioma central da teoria dos princípios do autor em destaque, e carrega em seu corpo a presunção de que existem diferenças lógico-estruturais tão intensas entre as normas em referência, a ponto de que uma exclua a outra, não cabendo a coexistência das duas normas em uma única estrutura normativa.⁴³

O argumento por si só seria suficiente para excluir qualquer entendimento que tenha como possível considerar o princípio da dignidade uma norma híbrida, parte mandamento de otimização, e parte regra portadora de um comportamento delineado pela norma, diante do seu núcleo essencial baseado na máxima da não instrumentalização. No entanto, há ainda alguns argumentos a serem considerados, que dizem respeito à aplicabilidade associada a própria essência da norma em comento.

⁴⁰ Cf. Robert Alexy. *Teoria dos direitos ... op. cit.*, pág. 87.

⁴¹ *Idem, ibidem*, pág. 104.

⁴² Cf. Robert Alexy. *Teoria dos direitos ... op. cit.*, pág. 91.

⁴³ “Alexy desenvolveu seu modelo da teoria dos princípios influenciado por Ronald Dworkin, especialmente no livro *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos, 1985), que foi traduzido para o inglês por Julian Rivers, como *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University, 2002). [N.T.: o livro foi traduzido para o português por Virgílio Afonso da Silva, sob o título *Teoria dos Direitos Fundamentais* (São Paulo: Malheiros, 2008)]. A teoria foi ainda aprofundada pelo autor em várias publicações subsequentes, e teve grande influência sobre o debate alemão. Muitos seguidores promoveram o seu desenvolvimento. Ver, por exemplo, Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipiensysteme des Rechtssystems* (Baden-Baden: Nomos, 1990), pp. 52-87; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien, Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, 2. ed. (Baden-Baden: Nomos, 2007), pp. 68-113; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume* (Baden-Baden: Nomos, 2003), pp. 37-66. Além disso, um número considerável de estudiosos alemães no campo da doutrina do direito tem sido influenciado pela teoria dos princípios de Alexy. Compare-se, por exemplo, Karl-Eberhardt Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3GG* (Baden-Baden: Nomos, 1999), pp. 95-180; Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie* (Tübingen: Mohr/Siebeck, 1999), pp. 206-260; Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen* (Tübingen: Mohr-Siebeck, 2003), pp. 218-27; Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte* (Tübingen: Mohr-Siebeck, 2003), pp. 73-84.” Carsten Bäcker, *Regras, princípios e derrotabilidade*, Revista Brasileira de estudos políticos, ISSN 0034, e-ISSN 2359-5736, 2011, pág. 52. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/127/445>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Depreende-se da análise em foco, que regras e princípios diferenciam-se essencialmente por três critérios. O primeiro é o “hipotético-consequencial” e refere-se ao que acima ficou disposto, já que fundado no fato de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios apenas indicam as razões que fundamentarão a decisão do aplicador do direito, como mandados de otimização, no escopo de que seja aplicado na maior amplitude possível.

O segundo critério é o “finalístico de aplicabilidade”, o qual ancora-se no fato de que as regras, aplicam-se de forma direta e satisfativa, em que suas premissas são ou não preenchidas, enquanto os princípios são aplicados de modo gradual, a depender do resultado de ponderação entre os princípios envolvidos, já que a determinação do grau apropriado de satisfação de um princípio é aferida por meio de sopesamento.

Por último verifica-se o critério da “resolutividade de conflitos”, em que o conflito entre regras resolve-se pela declaração de invalidade de umas delas, ou pela introdução de uma cláusula de exceção.⁴⁴ Já no conflito entre princípios, um cede ao outro diante de um processo de balanceamento, sem a necessidade de ser expurgado do sistema.

Com efeito, aplica-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio jurídico, o balanceamento como método de resolução de conflitos, através da “fórmula do peso”, em que o peso concreto do princípio é construído a partir do quociente de três fatores, conforme já exposto, em que Ii representa a intensidade de intervenção e o Ij a importância de satisfação do princípio colidente.

Ocorrendo a colisão de princípios, a análise dos fatores em destaque é essencial para se chegar ao peso do princípio diante do caso concreto, o que necessariamente também se aplica ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, construído a partir da máxima da não instrumentalização, por estar no mesmo nível de abstração do princípio como um todo, já que para que se considere efetivamente violada a dignidade, urge que a intervenção tenha um peso razoável, ou seja, que a coisificação do indivíduo tenha sido intensa, desumana e degradante, a ponto de ferir a sua posição subjetiva de sujeito de direitos, a depender necessariamente do procedimento de ponderação, tratando-se de uma aplicação gradual, característica do princípio da dignidade em todas as suas dimensões.⁴⁵

Conclui-se, por conseguinte, que não é possível compreender o princípio da dignidade, mesmo o seu núcleo essencial, como uma norma invencível absolutamente, sem que para isso seja exercida uma ponderação diante das circunstâncias do caso concreto, em que pese seja factível pensar que na grande maioria dos casos de fato precederá à outras normas, diante do peso abstrato e confiabilidade epistêmica bastante

⁴⁴ Há conflitos, não digamos os de *forma procedimental*, mas os de natureza *material* entre normas: umas permitem, outras vedam a mesma conduta nas mesmas condições de aplicação.” Lourival Vilanova. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. Ed.Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, pág.139.

⁴⁵ “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto os conflitos entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. Robert Alexy. *Teoria dos direitos ...op. cit.*, pág. 94.

elevados à favor da dignidade da pessoa humana dentro da fórmula do peso,⁴⁶ o que é uma questão de probabilidade e não de certeza, já que a aplicação de um princípio sempre demandará a análise das premissas trazidas pelo caso concreto a ser decidido, tratando-se de uma análise sempre de fora para dentro, diferente da regra que aplica-se de dentro para fora.

Ressalte-se ademais que o fato de compreender a dignidade como regra, também não é capaz de considerá-la inderrogável por si só, vez que também as regras são eventualmente derogáveis, entendimento exposto pelo próprio autor em destaque, para quem é cabível a incorporação de exceções às regras, em que pese institua obrigações definitivas não superáveis por normas contrapostas.⁴⁷ Ocorre que, apesar de Alexy aceitar a possibilidade de exceções à regras, este nega que seja possível o uso de ponderação na resolução de conflitos entre este tipo de norma, o que nos parece contraditório, isso porque a própria constituição da reserva, demanda a necessidade de um complexo processo de ponderação entre razões e contra razões, geradoras da regra excepcional, criadas a partir de fontes principiológicas, cabendo assim dizer que é possível a ponderação também para as regras.⁴⁸

Deve-se salientar nessa altura por oportuno, que a derrotabilidade das regras demanda ser entendida como a capacidade de acomodar exceções, que naturalmente não podem ser enumeradas de forma taxativa diante da dinâmica das circunstâncias desconhecidas que podem emergir dos fatos da vida levados ao exame do Poder Judiciário. No fundo, a origem da derrotabilidade das regras está na própria limitação humana em prever o número infinito de aspectos e combinações circunstanciais possíveis que o futuro pode reservar.⁴⁹ Por outro lado, princípios não são considerados derrotáveis na medida em que a otimização de suas razões sempre dependerão de uma construção feita a partir de premissas fáticas externas à norma,⁵⁰ não sendo cabível falar em exceções aos princípios, já que as circunstâncias dadas, constituirão parte da própria estrutura do

⁴⁶ Cf. Robert. Alexy. *A dignidade humana e a análise da proporcionalidade*, in: *Dignidade Humana ... op. cit.*, pág. 33.

⁴⁷ “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.” Robert Alexy. *Teoria dos direitos ... op. cit.*, pág. 92.

⁴⁸ Tem-se um exemplo emblemático com a decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 124.306, em que a Corte desconstitui uma prisão preventiva, pela prática do crime de aborto, ao criar uma exceção a norma não prescrita em lei, descriminalizando o aborto nos primeiros três meses de gestação, por conferir interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, por serem incompatíveis com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>. Acesso em: 30 jun. 2018.

⁴⁹ Para sustentar esse argumento Peng-Hsiang Wang apresenta uma importante razão: a limitada capacidade humana de prever as circunstâncias futuras, além da possibilidade de se encontrar novas exceções às regras em virtude dos princípios. *Defeasibility in der juristischen Begründung*, pág. 78. Na mesma linha de entendimento Herbert Hart. *The ascription of responsibility and rights*. Ambos citados por Carsten Backer. *Regras, princípios e derrotabilidade ... op. cit.*, pág. 67.

⁵⁰ Cf. Robert Alexy sobre o conceito de comando de otimização. *On the Structure of Legal Principles*, in: *Ratio Juris*, n. 13, pp. 294-304, 2000, pág. 295. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/1467-9337.00157>. Acesso em : 30 jun. 2018.

princípio aplicado ao caso concreto específico, e isso também se aplica ao núcleo da dignidade, data a sua imprecisão, característica do todo normativo em questão.

Contraditoriamente Alexy, ao considerar a dignidade como regra, passa a aceitar excepcionalmente a ponderação aplicável também à este tipo de norma, mesmo sem negar seu carácter absoluto, o que acabaria desvirtuando sua “tese de colisão” segundo a qual somente seria cabível o balanceamento diante de um colisão de princípios.⁵¹ Esta contradição acaba tendo um efeito suicida da teoria em foco, já que a suposta característica da inviolabilidade absoluta do núcleo essencial deste princípio, mote da criação da teoria da dupla face da dignidade humana, seria abandonada diante do reconhecimento da vencibilidade também das regra, através da ponderação.

Com efeito, referida característica de invencibilidade, que levou Alexy a considerar a dignidade humana em parte com carácter absoluto, quando se consubstanciaria em uma regra, não se coaduna nem com os princípios nem mesmo com as regras, que como visto também comportam possibilidades de ponderação, ao suportarem exceções muitas vezes construídas com base em princípios.

A conclusão supra exposta, nos direciona á rever então não só a ideia de dignidade como regra, mas também a classificação interna da dignidade humana, tão fortemente difundida pelos intérpretes como um princípio absoluto e princípio relativo, que na origem foi a tese que conduziu R. Alexy até o entendimento hora em análise.

Aceitar a existência de princípios absolutos, alteraria a própria definição de princípio, pois afastaria a aplicabilidade do teorema da colisão, vez que precederia a todo e qualquer norma, desconhecendo limites jurídicos, cabendo apenas a análise das premissas empíricas. Não nos parece, no entanto, possível prever de forma taxativa a precedência concreta de um princípio, considerando a carência normativa das premissas fáticas, já que dependem sempre dos dados concretos trazidos pelas circunstâncias da vida. Ademais, não teria sobrevivência em uma ordem jurídica que inclua em sua previsão legal, uma lista de direitos fundamentais, pela impossibilidade de que dois direitos ancorados em princípios absolutos possam ao mesmo tempo prevalecer.⁵²

Considerar a dignidade como regra por sua vez, enfrentaria ainda uma barreira atualmente intransponível, qual seja, o seu alto grau de indeterminabilidade, mesmo delimitada por seu núcleo essencial, na medida em que mesmo este, não porta em sua estrutura as premissas necessárias do mundo real, como dito anteriormente, razão pela qual é hoje concebida como princípio, sendo assim estruturalmente normatizado. Sobre o argumento se manifestou o Tribunal Constitucional Alemão em decisão na qual ficou assentado não ser possível de um modo geral, estabelecer as circunstâncias em que

⁵¹ Trata-se da “Lei da colisão”, através da qual Robert Alexy defende que as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições.” *Teoria dos direitos ... op. cit.*, pág. 94-99.

⁵² Cf. Robert Alexy. *Teoria dos direitos ... op. cit.*, pág. 111.

a dignidade é violada, já que a análise dependeria sempre das circunstâncias do caso concreto.⁵³

A defesa de Alexy quanto ao dupla carácter da dignidade da pessoa humana, além de ir de encontro à técnica normativa conforme editada pelo legislador, pelo próprio adequadamente exposto, acaba por dar lugar a um perigoso decisionismo judicial, em que princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana, vem sendo usado como uma espécie de passe de mágica⁵⁴, pronta em qualquer circunstância a derrotar outras normas, quando na verdade, toda decisão exige uma argumentação jurídica lógica, técnica e racional.

Com efeito, depreende-se de uma análise cautelosa da norma jurídica, que considerar um princípio absoluto, é contradizer a própria essência de uma norma principiológica conforme sua estruturação normativa, razão pela qual perderia sentido uma discussão acerca da sua relatividade ou aplicabilidade absoluta, já que um princípio jamais portará em seu bojo uma ação pré-determinada, por ser em virtude do seu perfil, invariavelmente dependente da análise das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Por outro lado usar o termo relativo, pode despertar a impressão de uma certa fragilidade do princípio da dignidade, que em verdade não existe, principalmente diante do status constitucional que vem assumindo nas Constituições contemporâneas.⁵⁵ Trata-se de um princípio com extrema força normativa, que em dadas circunstâncias naturalmente prevalecerá, devido ao alto grau de certeza que porta, com probabilidade praticamente absoluta, quando for violado pela instrumentalização de todo e qualquer indivíduo, com a redução deste à condição análoga a de objeto, de modo desumano ou degradante.

É inegável o carácter intangível da dignidade da pessoa humana⁵⁶, razão pela qual o núcleo essencial humanidade do princípio em referência merece a necessária preservação e garantia de precedência, o que não impede que o peso abstrato da dignidade⁵⁷, dependa e se altere de acordo com as circunstâncias do caso concreto.⁵⁸ Assim, calha frizar que a

⁵³ Cf. BVerfGE 30, 1 (25). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030001.html>. Acesso em: 30 jun. 2018.

⁵⁴ Cf. Lenio Streck. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Saraiva, São Paulo-BR, 2012, pág. 119-138. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/349471297/Verdade-e-Consenso-Lenio-Streck-pdf>, acessado em: 30.06.2018.

⁵⁵ “Cláusulas a respeito da dignidade humana encontram-se alocadas com especial hierarquia principalmente nas constituições dos mais jovens Estados-constitucionais. A Constituição do novo Estado português (1976-97) dispõe já no seu art. 1: “Portugal é uma república soberana, baseada no princípio da dignidade humana e na vontade popular.” Peter Häberle. *A dignidade como fundamento da comunidade estatal* ... págs. 45-62.

⁵⁶ “A Constituição da República Federal da Alemanha, aprovada há sessenta anos, inicia-se com um capítulo dedicado aos direitos fundamentais: o artigo 1º começa, mais uma vez, com a seguinte frase: “A dignidade humana é inviolável.” Três das cinco Constituições dos estados federados alemães, anteriores à Constituição da República Federal da Alemanha, aprovadas entre 1946 e 1949, possuem formulações semelhantes.” Jürgen Habermas. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa* ... op. cit., pág. 27.

⁵⁷ Sobre o conceito da dimensão de peso, cf. Ronald Dworkin. *Taking Rights seriously* ... op. cit., pág. 26-27.

⁵⁸ “Quando se afirma que regras possuem uma existência histórica, porque com elas se chegou a uma tal determinação, pode-se afirmar que princípios, no que diz respeito a seu conteúdo determinativo em relação a outros princípios, não possuem uma existência histórica. Em seu conteúdo determinativo relativamente a

dinâmica da vida em sociedade, bem como a própria evolução do conhecimento, cada vez mais desnuda a falácia de termos absolutos e fechados, o que com maior evidência se revela na seara jurídica, considerando o permanente movimento de construção e reconstrução do Direito em face da realidade, na pretensão do cumprimento de sua função essencial de concretização das relações jurídicas, a partir da garantia de segurança e convivência harmônica de todo o corpo social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. org. e trad. Alexandre Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 241 p.

ALEXY, Robert. **A Dignidade humana e a análise da proporcionalidade**. In: Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. ed. Qualis, 1. ed., org. Robert Alexy e outros, Florianópolis-BR, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros editores: São Paulo, 2006.

ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. In: Ratio Juris. n. 13, pp. 294-304, 2000, pág. 295. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/1467-9337.00157>.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. 3. Ed. trad. do grego Mário da Gama Cury. Universidade de Brasília, 2012.

BACKER, Carsten. **Regras, princípios e derrotabilidade**. Revista Brasileira de estudos políticos, ISSN 0034, e-ISSN 2359-5736, 2011, pág. 52. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/127/445>.

BODIN, Maria Celina. **O princípio da dignidade da pessoa humana, in passim**. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2010.

casos eles são, nessa medida, em princípio todos iguais. Não há pois, motivo algum para, de antemão, dar-se precedência a um princípio. Consequentemente aquele que quer, com base em princípios, chegar pela primeira vez a uma determinação, deve quando surgem dúvidas, demonstrar que os princípios contrários recuam.” Robert Alexy. *Teoria Discursiva do direito*, Forense Universitária, 2ª edição, org. e trad. Alexandre Gomes Trivisonno, 2013, pág. 188.

BRASIL. STF. **Decisão HC nº 124.306**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direitos Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

DUARTE, David. **Analogia e equilíbrio: a tese de redutibilidade parcial e seus problemas**. Revus [Online], 25 | 2015, online desde 08 de junho de 2015, conexão em 05 de março de 2018. URL: <http://journals.openedition.org/revus/3244>; DOI: 10.4000 / revus.3244

DWORKIN, Ronald. **The model of rules I**. In: Taking rights seriously. Harvard University press, Cambridge - UK, Massachusetts – USA, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy possible here? Principle for a new Political Debate**. Princeton University Press, Oxford – UK, 2006.

GRIMM, Dieter. **Dignity in a legal contexto: Dignity as an Absolute right**. In: Christopher McCrudden, Understanding human dignity, The British Academy, 2013.

HABERLE, Peter. **A dignidade como fundamento da comunidade estatal**. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, ed. Livraria do Advogado, trad. Ingo Sarlet e outros, 2ª edição, Porto Alegre, 2013.

HABERMAS, Jurgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. edições 70, trad. Marian e Teresa Toldy, Lisboa, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Law in the Perspective of Philosophy: 1776 - 1976**, University Law Review, New York, 1976.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Edições 70, trad. Paulo Quintela, Lisboa – PT, 2007.

MIRANDA, Lorena Moura Barbosa. **Heteronomia como elemento excepcional da dignidade da pessoa humana**. mestrado em Direito Constitucional, Lisboa, 2018.

NETTESHEIM, Martin. **Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstypus**. In AöR, 130, 2005. Disponível em: https://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/nettesheim/NettesheimGarantiederMenschenwrde.pdf.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. vol. I, ed. Almedina, 2ª edição, Lisboa, 2016, pág. 546-550.

PEREZ, Jesus Gonzalez. **La dignidad de la persona**. Madrid :Civitas,1986.

ROSEN, Michael. **Dignity: its history and meaning**. Harvard University Press, Cambridge-UK, 2012.

ROUANET, Sérgio Paulo. **A razão cativa**: as ilusões da consciência, de Platão a Freud. 3. ed. Brasília: Brasiliense, 1990.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Forum, 2016.

SALET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2001.

SEM, Amartya. **A idéia de justiça, Companhia das letras**. Trad. Denise Bottam e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo - BR, 2011.

SIECKMANN, Jan. **Norma jurídica**. Disponível em <https://docplayer.es/26813981-Capitulo-24-norma-juridica.html>.

STRECK, Lenio Streck. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/349471297/Verdade-e-Consenso-Lenio-Streck-pdf>.

SWEET, Alec Stone e MATHEWS, Jud. **Proportionality Balancing and Global Constitutionalism**. *In* Columbia Journal of Transnational Law 47, 2008. .

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Decisão BVerfGE 30, 1 (25)**. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030001.html>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Decisão BverfGE 45, 187 (242 – 52)**.Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Européia**. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 1977.

WALDRON, Jeremy. **Is dignity the Foundation of Human Rights?**. University Public Law and Legal Theory Working Papers, New York - USA, 2013.

A IMPUNIDADE COMO COMBUSTÍVEL PARA AUMENTAR OS ESPAÇOS DE CORRUPÇÃO¹

GUSTAVO SENNA²

RESUMO

O presente artigo busca identificar o fenômeno da impunidade como fator gerador de mais corrupção. Partindo da premissa de que a impunidade em relação aos atos de corrupção não pode ser tolerada, procura-se demonstrar que ela acaba tendo o perverso efeito de refletir negativamente no comportamento dos agentes públicos e dos cidadãos, de modo a ser um estímulo à proliferação da corrupção, na medida em que aquelas condutas ilegais acabam sendo consideradas como práticas rotineiras. Destacando a existência de uma política criminal fraca em relação à denominada “criminalidade governativa”, procura também demonstrar que as dificuldades probatórias em relação aos atos de corrupção acabam por gerar mais impunidade, sendo assim necessária uma mudança de paradigma e de pensamento se se pretende realmente enfrentar esse fenômeno, que hoje representa um inegável risco para o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Impunidade. Criminalidade governativa. Democracia. Direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

“O sistema de impunidade é também promotor de crimes”
(Marquês de Maricá).

Em vista de seus efeitos deletérios para a democracia e os direitos humanos não resta dúvida que quando falham os mecanismos de prevenção os atos de corrupção reclamam uma investigação rigorosa, bem como, quando necessário³, a respectiva punição dos responsáveis nas esferas correspondentes (administrativa, eleitoral, civil e penal). Aliás, tão forte é esse sentimento que alguns chegam a pregar até mesmo uma cultura de tolerância zero em relação aos atos de corrupção⁴, expressão que deve ser lida

¹ O presente artigo é parte integrante do livro “Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos” (no prelo, pela editora D’Plácido). Agradeço a colaboração do Amigo e valoroso promotor de justiça, Rodier Barata Ataíde.

² Promotor de justiça no ES. Professor da Faculdade de direito de Vitória e da escola de estudos superiores do MP-ES.

³ A ressalva se deve ao fato de não descartamos soluções consensuais para certas situações, que podem inclusive revelarem-se mais eficientes, atendendo assim o interesse público.

⁴ Como fez o Tribunal de Consta Europeu no seu Informe nº 8/1998, relativo aos serviços da Comissão encarregada da luta contra a fraude (GONZÁLES, Joaquín. *Corrupción y justicia democrática: introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio*. Madrid: Clamores, 2000, p. 75).

com reservas, já que pode passar a impressão de que no combate à corrupção os fins justificam sempre os meios, o que seria inconcebível no modelo de Estado de Direito.

Não obstante, a impunidade infelizmente é marcante em relação aos atos de corrupção. Por isso muitos entendem que ela é uma das características mais relevantes e preocupantes sobre o fenômeno⁵, não fugindo o Brasil dessa preocupação. Assim, objetiva-se no presente estudo elencar alguns dos motivos que levam a essa escandalosa situação de impunidade que permite o florescimento de mais corrupção.

2 A IMPUNIDADE DOS ATOS DE CORRUPÇÃO COMO FATOR GERADOR DE MAIS CORRUPÇÃO

“O maior estímulo para cometer faltas é a esperança de impunidade” (Cícero).

Considerando a gravidade das consequências dos atos de corrupção para o Estado Democrático de Direito a impunidade é intolerável. É, inegavelmente, uma questão ética a reclamar que sejam envidados todos os esforços para o seu efetivo enfrentamento, uma vez que a corrupção acaba configurando uma repetição crônica das violações de direitos humanos. Exatamente por isso que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Campo Algodonero” vs México, ao explicar a obrigação do Estado de combater a impunidade, deixou assentado que “la ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos constituye una fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas, quienes tienen el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido”⁶.

Não bastasse isso, todos que se debruçam sobre o tema da corrupção concluem que quando não há uma efetiva punição dos agentes isso traz outro nefasto efeito negativo, pois a impunidade, em especial das elites, acaba representando um estímulo à proliferação do fenômeno, um efeito cascata, na medida em que aquelas condutas ilegais acabam sendo consideradas como práticas rotineiras, refletindo inclusive no comportamento da

⁵ “Actualmente la característica más relevante de la corrupción es la impunidad, porque le problema si bien parece pertenecer a la incapacidad del sistema legal-penal, excede ese ámbito y pasa a las instituciones en conjunto: la conducta corrupta es algo así como la punta de un iceberg y sus partes sumergidas son las instituciones del estado, en especial el sistema penal. Los funcionarios públicos, sem electos o nombrados por otros de mayor jerarquía en la administración pública, actúan en la realidad como miembros pertenecientes a una ‘corporación’ o un ‘estamento’ y se saben investidos de un fuero especial como es la impunidad. La corrupción como conducta no sería sólo explicada por la utilidad económica que representa para el actor sino que hay que incluir esa conducta en la red de relaciones sociales entretejidas con la vida política y con el arte de gobernar, la dinámica social de la lucha por el poder y los vínculos y conflictos sociales y políticos. En este entretejido se incluye la impunidad” (PEGORATO, Juan S. La corrupción como cuestión social y como cuestión penal. Delito y sociedad. Buenos Aires, Año 8, n. 13,1999, p. 6).

⁶ PIOVESAN, Flávia; RODRIGUES, Anna Dias; OLMOS, Eduardo Alonso; LIRA, Laura Fernandes de Lima; NUNES, Tatiana Mesquita. La corrupción y los derechos humanos no Brasil. In Impactos de la corrupción en los derechos humanos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 111-112.

população e assim criando um ciclo⁷ vicioso e perverso que contribui para o surgimento de uma espécie de “cultura da corrupção”, que passa a dominar a sociedade.

Com efeito, como observa acertadamente Jorge F. Malem Seña (2010, p. 230-231):

si como disse John Dewey, la educación es el método por el cual la sociedad se reproduce a sí misma, en una sociedad dominada por la cultura de la corrupción, la educación de valores efectiva, más allá de las declaraciones altisonantes en contra de la corrupción, tenderá a reproducirla⁸.

Desse modo, o mau exemplo influência de tal modo o comportamento da população que é “infectada”⁹ pelo germe da corrupção e que assim acaba “absorvendo seu significado como lógica de viver”¹⁰. Tem-se, então, conforme Maquiavel¹¹, a corrupção do povo, que encontra sua origem na corrupção de seus governantes, pois o fato de eles desrespeitarem com frequência as leis termina por induzir o mesmo comportamento no povo, fazendo-o perder a virtude cívica. Exatamente em vista desse perverso efeito multiplicador (de cima para baixo) que Alejandro Nieto assevera que a corrupção “ama las alturas”¹².

E essa constatação também não deixou de ser percebida por Guillermo Ariel Todarello (2008, p. 206), como pode ver na seguinte lição:

La impunidad funciona de hecho como un poderoso elemento de instrucción pedagógica a favor de comportamientos venales, instalando, en definitiva, la confirmación acerca de la conveniencia de incurrir en conductas desviadas. Si tenemos en consideración que la educación es el método por el cual la sociedad se reproduce a sí misma, una comunidad dominada por la cultura de la corrupción, la educación y el aprendizaje de valores antisociales –

⁷ Que pode ser entendida como uma espécie de causalidade circular, como observa Marco Aurélio de Paula: “Deveras, a ‘corrupção no nível da elite’ pode promover a ‘corrupção no nível da rua’, bem como esta pode animar ou fortalecer aquela. Neste caso, ambas estarão relacionadas em uma causalidade circular” (PAULA, Marco Aurélio Borges. Efeitos da corrupção para o desenvolvimento. In Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. PAULA, Marco Aurélio Borges; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 29.

⁸ SEÑA, Jorge F. Malem. La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 230-231.

⁹ Utilizamos aqui a “metáfora da infecção” cunhada por Dan Ariely, o qual diz que “é possível que, quando vemos alguém trapacear, uma impressão microscópica seja deixada conosco e vamos nos tornando ligeiramente mais corruptos. Assim, na próxima vez que testemunhamos um comportamento antiético, nossa própria moralidade se desgasta mais ainda, e vamos ficando gradativamente comprometidos à medida que aumenta a quantidade de ‘germes’ imorais a que estamos expostos” (ARIELY, Dan. A mais pura verdade sobre a desonestidade. São Paulo: Elsevier, 2012, p. 169).

¹⁰ VIEIRA, Judivan J. Perspectiva política da corrupção – Livro II. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 68.

¹¹ MAQUIAVEL, N. Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio. Tradução de M. F. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 407.

¹² NIETO, Alejandro. Corrupción en la España democrática. Barcelona: Ariel, 1997, p. 107.

más allá de las declaraciones formales en contra de la corrupción – tenderá a reproducir dicho esquema irregular. Así, la corrupción y su impunidad operarán como factores que impidan la vigencia de aquel contexto identificado como ‘mercado de la virtud’¹³.

Desse modo, além de provocar uma erosão dos valores éticos da sociedade, gerando comportamentos inadequados de parcela dos cidadãos que internalizam os exemplos negativos daqueles que estão no topo da hierarquia estatal, essa “cultura da corrupção” também acaba provocando na população uma sensação de desencantamento e desconfiança em relação ao funcionamento do sistema, o que por sua vez acaba por provocar outro efeito nefasto, uma espécie de “anomia boba”¹⁴, que é o desinteresse pela política e pelos atos dos governos, comportamento que inevitavelmente acaba enfraquecendo o necessário e imprescindível controle social da administração pública. Perde-se, em síntese, a fé no Estado e na democracia.

Inclusive, essa situação se agrava ainda mais quando sua prática se dá no ápice da pirâmide hierárquica administrativa, pois ela acaba servindo de estímulo – de mau exemplo - para os agentes que ocupam posição inferior. Com isso, tende a corrupção do andar de cima a ser um fator que não só provoca uma sensação de desencanto nos servidores públicos honestos¹⁵, mas também acaba por funcionar como mecanismo multiplicador de mais corrupção pública, gerando um verdadeiro ciclo vicioso dentro do organismo estatal. Assim, por exemplo, o prefeito que utiliza bens públicos para fins particulares acaba fomentando nos demais agentes de posição hierárquica inferior a ideia de que referida conduta é normal e aceita pela sociedade, o que acaba acarretando inúmeros desvios comportamentais absolutamente divorciados do fim público que deve nortear todo comportamento dos agentes. Passa então a corrupção a ser sistêmica, uma vez que se fará presente em todos os níveis da administração pública. E essa corrupção disseminada também decorre de conhecidas práticas clientelistas que funcionam como escudos protetivos para encobrir os atos ilegais e corruptos dos detentores do poder¹⁶, dificultando sobremaneira a descoberta dos atos ilícitos.

Assim, a impunidade dos atos de corrupção pode contribuir para com o surgimento de uma espécie de código paralelo de conduta, totalmente divorciado das regras e princípios que regem a boa administração pública, sendo essa, como observa

¹³ TODARELLO, Ariel Guillermo. Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 216.

¹⁴ Ibid., p. 180.

¹⁵ SENÁ, Jorge F. Malem. La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, ob. cit., p. 70.

¹⁶ Sobre isso é oportuna a percepção de Susan Rose-Ackerman: “Los altos cargos del gobierno buscan garantizarse el apoyo de los escalones inferiores nombrando subordinados leales que rehusarán ‘regalos’, a menos que los apruebe el superior. El grupo que se beneficia del clientelismo establecerá sistemas para compartir los subornos con los escalones superiores e inferiores de la jerarquía. Los pagos hechos a los niveles superiores serán compartidos en escala descendente y los recogidos en el escalón inferior de la jerarquía serán divididos con los superiores. En estos casos, la lealtad a la familia y a los compañeros de trabajo sobrepasa la lealtad al Estado” (ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma, Madrid: Siglo XXI de España, 2001, p. 146).

com propriedade Emerson Garcia, uma dimensão mais deletéria e maléfica à organização estatal, e que, o que é pior, paulatinamente vai se incorporando ao *standard* de normalidade do *homo medius*, pois é quase certo que “uma vez iniciado esse processo, difícil será a reversão ao *status quo*, fundado na pureza normativa de um dever ser direcionado à consecução do bem de todos”¹⁷.

Obviamente quando se denuncia a impunidade não se está aqui a defender a punição da corrupção e dos poderosos a todo custo, muito menos promover uma espécie de “caça às bruxas”. A repressão dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito tem que ocorrer sempre com respeito aos direitos fundamentais do acusado. Nessa linha, é de se recordar as oportunas as palavras de Rui Cunha Martins¹⁸, ao observar que:

é falsa a ideia de que o Estado de direito seja salvo por cada vez que o sistema penal pune um poderoso ou um convicto corrupto; por mais que custe à chamada ‘opinião’, o Estado de direito só é salvo de cada vez que um poderoso ou um convicto corrupto são punidos no decurso de um devido processo legal; o contrário disto é populismo puro (MARTINS, 2013, p. 105).

Contudo, o que não pode ser admitido é uma dogmática inadequada para questões complexas que não podem ser vistas sob uma perspectiva exclusivamente individualista e incompatível com o nosso modelo de Estado Democrático de Direito, que tutela não apenas os direitos fundamentais de primeira dimensão, mas também os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão. Inclusive, muitos dos casos relativos aos atos de corrupção se enquadram nos denominados casos difíceis, os *hard cases*, para os quais a velha dogmática (penal e extrapenal) construída sobre regras e princípios marcadamente individualista não se mostra adequada, levando a uma proteção deficiente dos direitos fundamentais, em especial os sociais tão drasticamente atingidos pelos atos de corrupção.

E a questão se agrava ainda mais especialmente quando se nota em terras brasileiras uma política criminal fraca em relação ao que se denomina “criminalidade governativa”, como será abordado adiante.

3 A IMPUNIDADE DA CRIMINALIDADE GOVERNATIVA: UMA POLÍTICA CRIMINAL FORTE PARA O DÉBIL E FRACA PARA O FORTE

Diante do que foi visto no ponto anterior são pertinentes as observações de Vera Regina P. de Andrade, quando assevera que o “controle penal do capitalismo globalizado do capitalismo liberal vai caracterizando-se, dessa forma, por um caminho

¹⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

¹⁸ MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105.

de dupla via metódica, integrada por dois núcleos: um núcleo duro, traduzido na prisão, fechada, crescentemente cautelar e sem garantias, com “regimes diferenciados” para os baixos estratos sociais e excluídos; e um núcleo brando, traduzido na imunização ou nas alternativas penais endereçadas aos estratos altos, altíssimo e médios¹⁹. Desse modo, nas palavras de Alessandro Baratta²⁰, “criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas”. Na verdade, essas regras imunizadoras funcionam como verdadeiras estratégias retóricas para o relato vencedor²¹.

A conclusão inexorável é que a questão da baixa incidência do sistema de justiça criminal em relação aos crimes que gravitam em torno da corrupção pública é de uma clareza solar, não sendo um discurso meramente panfletário e alarmista. Inclusive, digno de registro é o importante estudo desenvolvido por Lucas Rocha Furtado, que analisou 10 (dez) grandes casos de corrupção no Brasil²², os quais, como se verá, confirmam essa conclusão.

Dentre as impressões relacionadas por Lucas Rocha Furtado merecem destaque no âmbito criminal as seguintes²³: i) existe uma dificuldade de obter a condenação daqueles em que o réu possui foro por prerrogativa de função; ii) nos casos em que houve condenação envolvendo réus sem foro por prerrogativa de função se observou o cumprimento de sentenças privativas de liberdades apenas em quatro casos; iii) no que se refere aos recursos desviados foi observado que em apenas dois (Jorgina de Freitas e TRT) houve recuperação parcial, revelando clara ineficiência do sistema em relação a esse importante ponto, muito embora o Direito Penal faça a promessa que a sentença condenatória tem como efeito tornar certa a obrigação de indenizar (CP, art. 91, inc. I), o que de há muito parece um mero pedaço de papel se se levar em conta o volume de recursos recuperados em relação aos delitos que gravitam em torno do fenômeno da corrupção.

Diante das constatações no campo repressivo, Lucas Rocha Furtado (2018, p. 219) conclui acertadamente que:

¹⁹ ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (dê)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 174.

²⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 176.

²¹ Sobre o tema: ADEOATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

²² Os casos analisados foram os seguintes: caso Jorgina Maria de Freitas Fernandes, Escândalo dos Anões do Orçamento, Escândalo das Ambulâncias, Corrupção na SUDAM, Caso Collor, Operação Curupira, Escândalo dos bancos Marka e FonteCidam, Escândalo dos Precatórios, Escândalo da Construção do fórum trabalhista de São Paulo e Escândalo Mensalão (FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive da operação lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018).

²³ FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive da operação lava jato)*, ob. cit., p. 218-219.

são raros os casos de condenação criminal; são mais raros ainda os casos de cumprimento de sentenças criminais; e é inexpressiva a recuperação dos recursos públicos desviados. Ou seja, se a efetividade do sistema de combate à corrupção, no Brasil, for medida pelo exame dos mecanismos repressivos, deve-se concluir pela falência do sistema²⁴.

Logo, é perfeitamente possível também concluir que em terras brasileiras são pertinentes as preocupações de Massimo Donini, no sentido de que existe uma política criminal forte para o débil e fraca para o forte²⁵. Realmente, não obstante os avanços, no que tange aos crimes de colarinho branco, como os relativos à corrupção, ainda se faz presente no Brasil um escandaloso cenário de “paraíso da impunidade”, uma vez que, infelizmente, são notados espaços propícios no direito para os agentes corruptos desenvolverem suas atividades com o mínimo de risco possível²⁶.

Isso tudo decorre das características desse tipo de criminalidade, denominada por L. M. Díez-Picazo de “criminalidade governativa”, pois nesses casos os agentes criminosos, para cometer os delitos e também para evitar a investigação e punição, dispõem de meios jurídicos, econômicos, humanos e tecnológicos que são privativos do Estado²⁷, sendo por isso considerados tipos de criminosos inatingíveis conforme tipologia proposta por Fattah²⁸ para diferenciar dos criminosos sacrificáveis, indesejáveis e intocáveis. Enfim, configura um dos mais graves tipo de criminalidade a atentar contra

²⁴ Ibid., p. 219.

²⁵ DONINI, Massimo. Il volto dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. Milán: Giuffrè, 2004, p. 137.

²⁶ Essa é uma questão que precisa ser enfrentada pela dogmática penal, o que pretendemos desenvolver em outro estudo relacionado aos crimes de corrupção. Sobre os “paraísos de impunidade” ver: RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Comares, 2009, p. 133.

²⁷ DíEZ-PICASO, L. M. La criminalidad de los gobernantes. Barcelona: Biblioteca de Bolsillo, 2000, p. 13.

²⁸ Citada por Cláudia Maria Cruz Santos, que assim resume a proposta: “Muito mais recentemente, Fattah veio a propor uma nova tipologia de criminosos, baseada nas suas atitudes e na reação social desencadeada por diferentes grupos de agentes. Em primeiro lugar, refere os sacrificáveis, ‘aqueles pobres coitados tão bem descritos por Victor Hugo na sua famosa obra Les Misérable’, que são os totalmente destituídos de poder, os pobres, os que cometem os crimes comuns, sendo por eles punidos e estigmatizados pelo aparelho de repressão penal. Seguem-se-lhes os indesejáveis, aqueles que, ainda que não sejam criminalmente perigosos, optaram por um modo de vida considerado reprovável e são, por isso, marginalizados: os vagabundos, as prostitutas, os alcoólicos, os toxicodependentes... Em terceiro lugar, surgem os inatingíveis, os criminosos a que temos chamado de *white-collar* e que Fattah classifica como os que só com grande dificuldade e em casos muito excepcionais são atingidos pelo braço da lei, porque têm um poder que lhes permite ‘escapar à detenção, ao processamento e à condenação, graças à sua habilidade para tirar proveito das lacunas que existem na lei, para obstruir o curso da justiça, para burlar o funcionamento da justiça penal, evitando as acusações criminais ou a aplicação de sanções penais’. Finalmente, uma última categoria é reservada aos intocáveis, criminosos ou os diplomatas estrangeiros ou os chefes de Estado, que parecem estar ‘verdadeiramente acima da lei’. Também estes, quando praticarem delitos no exercício das suas funções, devem ser considerados criminosos de colarinho branco” (SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 198-199).

bens e direitos fundamentais, sendo diferenciada pelo uso do poder e por essa razão denominada por Luigi Ferrajoli como sendo um tipo de “criminalidade de poder”²⁹.

E essa criminalidade de poder se aproveita das brechas e falhas do sistema de justiça para garantir a impunidade, merecendo destaque a questão probatória, que é também um enorme obstáculo para o enfrentamento dos atos de corrupção, como será visto no próximo ponto.

4 DIFICULDADES PROBATÓRIAS EM RELAÇÃO AOS ATOS DE CORRUPÇÃO COMO FATOR A FAVORECER A IMPUNIDADE

“A escuridão não constitui a causa do perigo, mas é o habitat natural da incerteza - e, portanto, do medo” (Zygmunt Bauman).

Considerando as características dos atos de corrupção e o perfil daqueles que praticam tais ilícitos enormes são as dificuldades probatórias no campo penal e extrapenal. Realmente, os ilícitos de corrupção – e os que gravitam em torno dele, como a lavagem de capitais – têm como uma das suas características marcantes a clandestinidade, que é mais saliente, por exemplo, do que outros ilícitos do cotidiano como os crimes típicos da denominada criminalidade de rua (crimes contra o patrimônio, contra a vida etc.). Como observam Maria José Morgado e José Vegar, “os seus autores são criminosos sem rosto, aparentemente sem acto, e que não provocam danos visíveis, apesar de, na realidade, estes últimos serem graves e profundos”³⁰.

É uma observação perfeitamente aplicável para a realidade brasileira, na qual muitos casos de corrupção não são percebidos, descobertos e efetivamente punidos, confirmando a lógica de que a corrupção vive e se alimenta das sombras, aproveitando-se dos espaços vazios que favorecem seu crescimento. Como bem observou Lucas Rocha Furtado, “a corrupção é crime sem rastro ou, em linguagem processual, sem provas. É necessário que alguém que integre o grupo corrupto denuncie o esquema de corrupção para que ela possa ser investigada e punida”³¹. Essa constatação, por outro lado, revela a importância de uma administração transparente como fator inibitório da corrupção, uma vez que acaba por diminuir os espaços que a corrupção utiliza para florescer, sem desconsiderar logicamente outros mecanismos de controle não estatais, como a imprensa e, principalmente, a sociedade civil, que mais do que nunca deve ser organizada e vigilante em relação aos atos dos órgãos públicos, pois o comportamento dos agentes públicos reflete diretamente em suas vidas.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011, p. 352.

³⁰ MORGADO, Maria José; VEGAR, José. O inimigo sem rosto: fraude e corrupção em Portugal. Lisboa: Dom Quixote, 2003, p. 28.

³¹ FURTADO, Lucas Rocha. Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive da operação lava jato), ob. cit., p. 232.

É necessário também lembrar que as formas de cometimento dos ilícitos de corrupção estão em permanente mutação e evolução, especialmente com a utilização de tecnologia de ponta. Como observa Deltan Dallagnol (2017, p. 181):

hoje, documentos são mantidos em nuvens com senhas, o que impede sua apreensão física e dificulta o acesso. Telefones são usados em circuitos fechados, para comunicação exclusiva entre determinadas pessoas. Isso dificulta que sejam descobertos e monitorados. Mais de 30 aparelhos foram encontrados com Alberto Youssef, que usava esse sistema ponto a ponto. Além disso, novos meios de transmissão de voz e mensagens são difíceis de interceptar³².

Assim, além de ser fundamental que os órgãos de fiscalização e repressão sejam devidamente aparelhados e organizados, também é imprescindível que exista evolução e modernização nos mecanismos de investigação, inclusive do ponto de vista legislativo, como se deu com a Lei nº 12.850/2013, que definiu organização criminosa e também dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal para o enfrentamento de tal fenômeno que tem, como foi visto, estreita ligação com a corrupção. Merece ser ressaltado que a citada lei conferiu uma maior clareza e disciplina para um dos instrumentos que atualmente vem se revelando como um dos mais eficientes no enfrentamento da criminalidade organizada e da corrupção, que é a colaboração premiada.

Seguindo, considerando a complexidade do fenômeno da corrupção e a sua cada vez maior interação com a criminalidade organizada é essencial que haja uma modernização de todo sistema de repressão. Nessa linha, como bem observado por Jorge F. Malem Seña:

En la lucha contra la corrupción es necesario un sistema punitivo moderno que dé respuesta a la nueva forma de criminalidad asociada a la corrupción, que ataque los aspectos menos visibles como el lavado de dinero o el secreto bancario y un sistema judicial, independiente e imparcial, dotado de medios para dar respuesta rápida y contundente a las demandas y denuncias de los ciudadanos con abstención de la persona o del cargo del acusado o inculpado. De hecho, todo el sistema estatal, promocional, del control punitivo, debe ser creíble, debe ofrecer previsibilidad y una eficaz seguridad jurídica³³.

³² DALLAGNOL, Deltan. A luta contra a corrupção: a lava jato e o futuro de um país marcado pela impunidade. Rio de Janeiro: Primeira pessoa, 2017, p. 181.

³³ SEÑA, Jorge F. Malem. La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, ob. cit., p. 127.

Avançar é preciso, sendo urgente pensar mudanças legislativas e outros instrumentos³⁴, especialmente quando se considera também o perfil de alguns agentes que praticam corrupção, que sabidamente possuem parcela do poder estatal. Nesse ponto, interessante é o exemplo do *Whistleblower Program* do U.S. Securities and Exchange Commission (“SEC”), que é um programa criado em 2011 nos EUA e que possibilita, entre outros aspectos, o pagamento de recompensas monetárias aos denunciantes que fornecerem informações sobre violações à legislação de securities americana. Tal programa poderia ser aqui adaptado e desenvolvido com o objetivo de estimular denúncias por atos de corrupção, uma vez que seria mais um instrumento para romper a barreira da marcante clandestinidade desses ilícitos³⁵.

Acresça-se a isso outro importante aspecto, que é o fato de que, via de regra, os delinquentes do “colarinho branco” autores de crimes de corrupção, ao contrário dos delinquentes de rua, em muitos casos participam dos mesmos *locus* sociais de lazer e entretenimento daqueles que eventualmente haverão de processá-los e julgá-los pelas práticas de seus crimes. E essa circunstância, não se pode descartar, pode contribuir, *per si*, para que esses agentes não sejam estigmatizados como autênticos delinquentes que efetivamente são, e com isso inclusive influenciando a postura da população diante das práticas ilícitas por eles cometidas, não raramente enxergando-as como condutas normais, que revelariam, no máximo, esperteza. Nesse sentido, quem não conhece o

³⁴ Digno de registro é a iniciativa da FGV em parceria com a Transparência Internacional, intitulada “Novas Medidas Contra a Corrupção”. Conforme consta da apresentação do pacote: “A partir da compilação de melhores práticas nacionais e internacionais e da colaboração de vários setores da sociedade brasileira, construiu-se o maior pacote anticorrupção já desenvolvido no mundo. Trata-se de uma plataforma de propostas de reforma legislativa, administrativa e institucional, com o objetivo de promover um debate público orientado às causas sistêmicas da corrupção e de oferecer soluções permanentes para o seu enfrentamento no longo prazo. Esta iniciativa culminou na criação de um pacote com 70 medidas, incluindo anteprojeto de lei, propostas de emenda à Constituição, projetos de resolução e outras normas voltadas ao controle da corrupção (disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23949/NovasMedidasContraCorrupcao%CC%A7a%CC%83o_Completo.pdf?sequence=10&isAllowed=y. Acesso em 10 dez. 2018).

³⁵ Recentemente foi publicada no Brasil a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, que dispõe “sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais”. Entre outros pontos, a nova lei autoriza os Estados da federação a “estabelecer serviço de recepção de denúncias por telefone, preferencialmente gratuito, que também poderá ser mantido por entidade privada sem fins lucrativos, por meio de convênio” (art. 2º). Por sua vez, o art. 4º traz uma regra que talvez seja ponto mais relevante do novo diploma, que é a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabelecerem “formas de recompensa pela denúncia e/ou informações que sejam úteis para as autoridades no combate e na prevenção de crimes ou irregularidades”, acrescentando o parágrafo único do citado artigo que entre as recompensas a serem ofertadas poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie. Entretanto, a nova lei ainda é tímida em relação ao programa *whistleblower*, carecendo de uma regulamentação mais aprofundada, especialmente para dar mais clareza ao funcionamento do programa de pagamento de recompensas nos âmbitos federal, estadual e municipal. Ressalte-se que sobre corrupção tramita na Câmara dos Deputados o PL nº 1.701/2011, que tem como objeto principal criar o Programa Federal de Recompensa e Combate à Corrupção. Porém, o citado projeto de lei tramita de modo demasiadamente lento na Câmara, já tendo 6 anos, apesar de trazer regulamentações mais detalhadas para a matéria, justamente o que falta à legislação recentemente aprovada. Sobre o tema whistleblowing: CASTILHO, Diego Gomes. Whistleblowing: principais características e vantagens – o que o Brasil está efetivamente perdendo? *In* Corrupção como fenômeno suprallegal. BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (coord.). Curitiba: Juruá. 2017.

velho jargão brasileiro “rouba, mas faz”, infelizmente, ainda aceito como conduta normal por certa parcela da população?³⁶ Isso talvez ajude a explicar a reeleição de notórios corruptos em terras brasileiras.

Por fim, ainda sobre as dificuldades probatórias, é importante destacar outro aspecto a respeito do perfil dos agentes que cometem tais ilícitos, em especial no que diz respeito aos atos de corrupção do “andar de cima”, dos potentes, que acabam se valendo de seus poderes para paralisar o braço do Estado responsável pela prevenção, fiscalização e punição dos referidos atos. E isso pode ocorrer de diversos modos, inclusive por meio de suborno, tornando em alguns casos venais e extorquíveis o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, como é percebido na relação da política com a criminalidade organizada³⁷, que consegue capturar o Estado, pervertendo o sentido de democracia, que passa a ser vista como uma cleptocracia (um governo de ladrões) ou uma kakistocracia (o governo dos maus, dos piores).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem lembrado por James William Coleman, “fica claro que o esforço para aplicação das leis contra esses crimes fracassa com tanta frequência porque são difíceis de serem detectados e também porque a influência e a riqueza desses criminosos permitem que eles escapem do braço forte da lei”³⁸, tornando o Estado débil em relação a esse tipo de criminalidade e assim fazendo valer a célebre frase atribuída ao estadista, legislador e poeta grego antigo Sólon, no sentido de que “as leis são como as teias de aranha que apanham os pequenos insectos e são rasgadas pelos grandes”³⁹.

³⁶ Sobre isso, em lição ainda atual, Antônio Silva Magalhães Ribeiro faz interessante observação: “De grande relevância, em função da ótica com que analisa o fenômeno, é o estudo do comportamento da sociedade frente a esse problema. RIOS (1987), por exemplo, afirma que, embora a nossa opinião pública mostre-se extremamente sensível ao escândalo financeiro e aos atentados contra o erário, é muito menos perceptiva a formas mais sutis e costumeiras de fraudes que todos praticam, desde as mais simples até as mais complexas, no cotidiano brasileiro. Com isso, ele tenta demonstrar que, enquanto se escandalizam com os grandes escândalos nacionais, as pessoas não se inibem de praticar pequenos delitos, a exemplo de infringir as regras do trânsito, furar filas e disputar privilégios, imprimindo-lhes a sensação da aventura ou proeza, porque o ‘ser esperto’ seria um lado do ‘ser brasileiro’”. Acrescenta o autor que: “Dados levantados nos últimos anos, no entanto, indicam que tal percepção é apenas parcialmente verdadeira no que diz respeito ao aspecto da tolerância da população frente aos grandes escândalos. Uma pesquisa publicada pelo Jornal *Folha de S. Paulo*, por exemplo, demonstra que pelo menos 29% dos paulistas – o que não é tão pouco – preferem um político que ‘rouba, mas faz’ a um que é honesto, mas como menor capacidade para realizar obras” (RIBEIRO, Antonio Silva Magalhães. *Corrupção e Controle na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 29).

³⁷ HASSEMER, Winfried. Três temas de direito penal. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 66.

³⁸ COLEMAN, James Willian. *A elite do crime: para entender o crime de colarinho branco*. 5 ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 279.

³⁹ Frase inclusive repetida e adaptada por criminosos potentes, como demonstrado por Edwin H. Sutherland na sua clássica obra sobre crimes de colarinho branco. Segundo o criminólogo, Daniel Drew, “um velho fraudador, descreve o funcionamento da lei penal com precisão: ‘A lei é como teia de aranha: é feita para mosquitos e insetos pequenos, por assim dizer, mas deixa o grande zangão passar direto. Quando deparo com tecnicismo da lei no meu caminho, sempre sou capaz de removê-los facilmente’” (SUTHERLAND,

Desse modo, não é admissível que no campo repressivo existam atores desorganizados, lenientes e fracos. Reclama-se cada vez mais especialização nas matérias que gravitam em torno dos ilícitos de corrupção, que não se limitam - é importante dizer - ao campo do direito. Por isso, a interação entre órgãos fiscalizadores e repressivos é fundamental para a eficiência no enfrentamento do fenômeno. Porém, é importante dizer que de nada valerá avançar no campo repressivo se não houver um Ministério Público forte e atuante e um Poder Judiciário que dê respostas adequadas aos atos de corrupção, em especial quando estiver impregnado com um individualismo e um positivismo inadequado para o enfrentamento de um problema de natureza difusa.

Portanto, como bem lembrado por Jorge F. Malem Seña, quando se faz necessária a punição dos atos de corrupção, “el poder judicial se manifiesta así como el último bastión del combate anticorrupción”⁴⁰. Logo, quando o Poder Judiciário atua de forma débil nesses casos acaba por deixar de cumprir sua importante missão de “guardião das promessas constitucionais”⁴¹. E assim sai vitoriosa a corrupção, que dilacera o Estado Democrático de Direito e perverte seu próprio povo, uma vez que, como destaca Antonio A. Martino, “não há democracia de ladrões, mas há ladrões que se tolerados cedo ou tarde arruinarão a democracia”⁴².

REFERÊNCIAS

ADEOATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia**: O controle penal para além da (dê)silusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**. São Paulo: Elseiver, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

CASTILHO, Diego Gomes. **Whistleblowing**: principais características e vantagens – o que o Brasil está efetivamente perdendo? *In* Corrupção como fenômeno suprapenal.

Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 100-101).

⁴⁰ SEÑA, Jorge F. Malem. La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, ob. cit., p. 219.

⁴¹ GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁴² *Apud* VIEIRA, Judivan J. Perspectiva política da corrupção – Livro II, ob. cit., p. 68.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (coord.). Curitiba: Juruá, 2017.

COLEMAN, James Willian. **A elite do crime**: para entender o crime de colarinho branco. 5 ed. São Paulo: Manole, 2005.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**: a lava jato e o futuro de um país marcado pela impunidade. Rio de Janeiro: Primeira pessoa, 2017.

DONINI, Massimo. **Il volto dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà**. Milán: Giuffré, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. **Teoría del derecho y de la democracia**. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Brasil e corrupção**: análise de casos (inclusive da operação lava jato). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONZÁLES, Joaquín. **Corrupción y justicia democrática: introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio**. Madrid: Clamores, 2000.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

MAQUIAVEL, N. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de M. F. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

MORGADO, Maria José; VEGAR, José. **O inimigo sem rosto**: fraude e corrupção em Portugal. Lisboa: Dom Quixote, 2003.

NIETO, Alejandro. **Corrupción en la España democrática**. Barcelona: Ariel, 1997.

PAULA, Marco Aurélio Borges. **Efeitos da corrupção para o desenvolvimento**.

In Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. PAULA, Marco Aurélio Borges; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEGORATO, Juan S. **La corrupción como cuestión social y como cuestión penal**. Delito y sociedad. Buenos Aires, Año 8, n. 13, 1999.

PIOVESAN, Flávia; RODRIGUES, Anna Dias; OLMOS, Eduardo Alonso; LIRA, Laura Fernandes de Lima; NUNES, Tatiana Mesquita. **La corrupción y los derechos humanos no Brasil**. *In* Impactos de la corrupción em los derechos humanos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

RIBEIRO, Antonio Silva Magalhães. **Corrupção e Controle na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2004.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Criminalidad organizada y sistema de derecho penal**: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Comares, 2009.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos**: causas, consecuencias y reforma, Madrid: Siglo XXI de España, 2001.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)**. Coimbra: Coimbra, 2001.

SEÑA, Jorge F. Malem. **La corrupción**: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 230-231.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TODARELLO, Ariel Guillermo. **Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito**. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

VIEIRA, Judivan J. **Perspectiva política da corrupção – Livro II**. Brasília: Thesaurus, 2014.

A BANCADA RURALISTA E O PL DO VENENO: PRIORIDADE DE ANO ELEITORAL

DANIELLA MARIA DOS SANTOS DIAS¹

CARLOS HENRIQUE DA COSTA MARQUES²

CHAIRA LACERDA NEPOMUCENO³

JONAS PEREIRA BEZERRAS JÚNIOR⁴

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar criticamente o Projeto de Lei nº 6299/2002, conhecido como “PL do veneno”, a fim de demonstrar a sua incompatibilidade com a ordem constitucional vigente, mormente frente aos postulados da proteção e preservação do meio ambiente e da saúde humana. Para tanto, partindo do método indutivo, realizou-se uma análise qualitativa, com pesquisa crítica à legislação nacional e à doutrina especializada. Descrever-se-á as diversas posições de órgãos, instituições públicas e organizações sobre a proposta, os quais revelam as inconsistências do projeto e da argumentação dos seus defensores, uma vez que a modernização da legislação vigente que trata sobre agrotóxicos, bastante defendida pela classe ruralista, é uma abertura para utilização de agentes potencialmente nocivos à saúde humana e ao ambiente natural. Por fim, filtrar-se-á o projeto de lei pelas normas constitucionais pertinentes e pelos princípios que regem o Direito Ambiental-Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Agrotóxicos. Meio Ambiente. Saúde Humana. Princípios constitucionais. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present article aims to analyze critically the Bill 6299/2002, known as “PL of the poison”, in order to demonstrate its incompatibility with the current constitutional order, especially in relation to the postulates of protection and preservation of the environment and health human. To do so, based on the inductive method, a qualitative analysis was carried out, with a critical analysis of national legislation and specialized doctrine. The various positions of public bodies, public institutions and organizations on the proposal will be described, which reveal the inconsistencies of the project and the arguments of its proponents, since the modernization of the current legislation on pesticides, is

¹ Promotora de Justiça no MPE-PA e Professora Titular na Universidade Federal do Pará, Email: [diansdaniel@gmail.com](mailto:diasdaniel@gmail.com)

² Professor Substituto da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, graduado em Direito, E-mail: chcm1992@gmail.com

³ Acadêmica de Direito na Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, cursando o 9º período, E-mail: chaira01@gmail.com

⁴ Estagiário de Direito em escritório de advocacia. Acadêmico de Direito na Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, cursando o 9º período, E-MAIL: jonas.bezerras@gmail.com

an opening for the use of agents potentially harmful to human health and the natural environment. Finally, the bill will be filtered by the pertinent constitutional norms and the principles that govern the Environmental-Constitutional Law.

KEYWORDS: Agrochemicals. Environment. Human health. Constitutional principles. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

Em meados de 2002, o então senador pelo Estado do Mato Grosso, Blairo Maggi, propôs o projeto de lei (PL) nº 6299/2002, cujo objetivo é modificar a Lei nº 7.802/89, a qual versa sobre pesticidas. Blairo Maggi ostenta títulos como “rei da soja”, “motosserra de ouro” e “rei do desmatamento”, mas o fato é que a família Maggi é uma das maiores produtoras de soja do mundo, a sétima mais rica do país, e Blairo, o político mais rico do Brasil⁵.

Após mais de uma década de trâmite no Congresso Nacional, o projeto de lei rapidamente se encaminhou no fim do governo Temer, passando a tramitar em regime de prioridade, até ser votado na Comissão Especial, a portas fechadas, em um dia de jogo da seleção brasileira de futebol na Copa do Mundo.

O projeto foi relatado pelo deputado Luiz Nishimori, componente da “bancada ruralista” e ex-colega de partido de Blairo Maggi (à época, Ministro da Agricultura do governo Temer). O objetivo de ambos é claro: atender aos interesses do agronegócio, que movimenta mais de um quarto do PIB brasileiro e da indústria química.

O Projeto de Lei (PL) nº 6299/02, conhecido como o “PL do veneno” ou “projeto do veneno”, que após aprovação na Comissão Especial da Câmara dos Deputados está pronto para ir a Plenário, tem como principais mudanças:

- a) Alteração da nomenclatura “agrotóxico” para “pesticida”;
- b) Exclusão dos Ministérios da Saúde (ANVISA) e o do Meio Ambiente (IBAMA) do processo de análise e registro dos produtos, centralizando as atribuições no Ministério da Agricultura;
- c) Afastamento da análise do produto por meio do critério do “perigo” ao apenas proibir os produtos que *“apresentem risco inaceitável para os seres humanos ou para o meio ambiente”*;
- d) Fim da regulamentação do uso de agrotóxicos em ambiente urbano e industrial pela Lei nº 7.802/89. O uso em ambiente urbano passa a ser regulamentado pela Lei nº 6330/76, que trata da Vigilância Sanitária;
- e) Possibilidade de registro e autorização para uso de agrotóxicos “genéricos” ou “similares”, instituindo o registro por equivalência;

⁵ Biografia de Blairo Maggi, disponível em: www.blairomaggi.com.br. Acesso em: 19 jul. 2018.

f) Estabelecimento de 12 meses como período máximo para decisões sobre o registro de produtos, abrindo a possibilidade de registro temporário caso essa análise não seja concluída pelas autoridades no tempo estabelecido;

g) Possibilidade de autorizações temporárias automáticas;

h) Concentração de toda a autoridade para as restrições e controles de registro e uso de pesticidas no Governo Federal, eliminando o atual reconhecimento da capacidade dos Municípios e dos Estados de propor padrões de proteção adaptados a circunstâncias e desafios locais;

i) Criação da taxa de avaliação e de registro.

Percebe-se que as mudanças na legislação tornam mais “confortável” o uso indiscriminado de agrotóxicos pelos produtores rurais, embora as pesquisas apontem que cerca de 70% dos alimentos consumidos no Brasil já estão contaminados por agrotóxicos e que, entre 2000 e 2012, o uso desse produto no país aumentou 288%. Além disso, o Ministério da Saúde informou, entre 2007 e 2015, 84.206 notificações de intoxicação por agrotóxico⁶.

Igualmente, o Brasil já concede incentivos fiscais da ordem de 60% de redução do ICMS e isenção do PIS/COFINS e IPI para o setor de produção e comércio de agrotóxicos (ou, como prevê, o PL, “pesticidas”), em comparação, medicamentos apresentam 34% de carga tributária, enquanto os pesticidas, apenas 22%!

Diante deste cenário catastrófico, em vias de se agravar, que este artigo se propõe a analisar as mudanças propostas pelo “PL do Veneno”, à luz dos princípios constitucionais que norteiam o Direito Ambiental, apresentando, também, as manifestações de instituições e da sociedade civil, quanto à mudança legislativa proposta. Aplicar-se-á o método indutivo, partindo do caso particular, para o geral, baseado na técnica qualitativa, com pesquisa em doutrinas e legislação nacional.

2 ANÁLISE DO VOTO DO RELATOR

Ao Projeto de Lei nº 6.299/02 foram apensados projetos que tratam de diversas alterações na legislação sobre agrotóxicos, seus componentes e afins. Serão apresentados alguns dos motivos do voto do relator pela constitucionalidade do PL, que definem bem em que sentido ocorre a “modernização” da legislação.

Expõe o relator que a Lei 7.802/1989 se tornou obsoleta, pois: (i) uma série de acordos e tratados internacionais científicos foram celebrados em data posterior à edição da Lei 7.802/1989, assim alguns de seus comandos e princípios estão defasados cientificamente, criando enormes distorções e causando prejuízos e insegurança; (ii) os procedimentos de análise registro e de reanálise dos pesticidas têm se mostrado onerosos e demorados, em razão da burocracia e da falta de investimentos em pesquisa científica e

⁶ BETIM, Felipe. A operação para afrouxar ainda mais a lei de agrotóxicos no Brasil, na contramão do mundo. *EL PAÍS*, São Paulo, 5 jul. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/26/politica/1530040030_454748.html. Acesso em: 17 jul. 2018.

estrutura para atender os agentes envolvidos na cadeia produtiva; (iii) aspectos inerentes à agricultura tropical, especialmente quanto à atuação de patógenos e sua biologia, são desconsiderados.

O relator critica ainda, que “enquanto o mundo atualizou seus procedimentos de avaliação com os tratados e acordos internacionais, incorporando critérios tais como GHS [Sistema Globalmente Harmonizado de Classificação e Rotulagem de Produtos Químicos, referido pela sigla GHS - *Globally Harmonized System of Classification and Labeling of Chemicals*] e avaliação de risco, o Brasil ainda realiza suas análises em função do perigo”.

Em relação ao termo *agrotóxico*, este parece ter tomado conotação depreciativa junto à opinião pública (BRASIL, 2018, p. 30), devendo-se adotar o nome “pesticida”, que estaria de acordo com a legislação internacional.

Aduz o relator que existe lacuna na Lei nº 7.802, de 1989, relativa aos produtos fitossanitários equivalentes - também conhecidos como “genéricos”, em analogia aos medicamentos genéricos -, propondo sejam estabelecidos procedimentos específicos e simplificados para o registro desses produtos.

3 MANIFESTAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES E DA SOCIEDADE CIVIL

A Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO e a Associação Brasileira de Agroecologia – ABA elaboraram um dossiê de 183 páginas, que reúne a manifestação de vários órgãos públicos, instituições e a sociedade civil, como o INCA, a ANVISA, a FIOCRUZ, o IBAMA, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, a Defensoria Pública da União, dentre outros, contra o PL do veneno.

A Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) emitiu nota técnica chamando atenção para os riscos da flexibilização do uso de agrotóxicos, trazendo uma lista de doenças decorrentes dessa prática e dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), que apontam 25 milhões de envenenamentos por ano no mundo e 20 mil mortes por essa razão. Os dados do relatório mostram que, só no Brasil, de 2000 a 2017, foram 535 mil registros de intoxicações⁷.

A FIOCRUZ rebate que a tentativa de mudança na nomenclatura “agrotóxico” somente visa comunicar uma falsa segurança no uso desses produtos, o que pode acarretar um uso indiscriminado e assim, aumento da resistência das espécies-alvo. Contrariamente ao que afirma o Deputado Nishimori, a FIOCRUZ afirma que o termo agrotóxicos é sim utilizado internacionalmente (ABRASCO; ABA, 2018, p. 10).

A análise de risco nos moldes preconizados pelo PL permitirá o registro de produtos que hoje são proibidos no Brasil em função do perigo que representam, sempre que o risco for “aceitável”, banalizando o sentido do termo. Na legislação vigente, os efeitos nocivos à saúde impedem o registro de qualquer agrotóxico, nos termos do art.

⁷ MENEZES, Leilane. “Brasil voltará 36 anos no tempo com PL do veneno”, diz procurador. *METRÓPOLES*, 18 ago. 2018. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/brasil-voltara-36-anos-no-tempo-com-pl-do-veneno-diz-procurador>. Acesso em: 19 jul. 2018.

2º, §6º (ABRASCO; ABA, 2018, p. 13). E, ao contrário do que propugna o relator do Projeto, a Comunidade Europeia alterou seus critérios de avaliação de risco para perigo, tal qual o critério que vige atualmente na Lei de Agrotóxicos de 1989. Insta destacar que a alteração desse critério poderá impedir exportações para o velho continente (ABRASCO; ABA, 2018, p. 15).

Os registros e autorizações temporários também são criticados, uma vez que existe a necessidade de realizar as devidas análises no Brasil, pois a toxicidade dos produtos é influenciada por vários fatores. Essa proposição representa uma ameaça de dano ao meio ambiente e à saúde humana, bem como viola o princípio amplamente consagrado da precaução (ABRASCO; ABA, 2018, p. 22).

A nota técnica encerra criticando as taxas previstas no PL, que são irrisórias se comparadas aos valores praticados internacionalmente, como nos EUA, onde é cobrado 150 mil dólares para a atividade de reavaliação de produto agrotóxico atípico, sendo de apenas 5 mil reais o valor proposto no PL (ABRASCO; ABA, 2018, p. 28).

O IBAMA, por sua vez, cita que a utilização irresponsável de agrotóxicos vem dizimando populações de insetos, como abelhas (algumas já extintas), comprometendo todo o sistema agroalimentar (ABRASCO; ABA, 2018, p. 44). Por isso, conclui ser contrário ao PL, em razão da nítida mitigação no controle dos agrotóxicos, enfraquecimento das instituições, e inadequação das taxas instituídas, que não revertem para os órgãos que realmente prestam o serviço (ABRASCO; ABA, 2018, p. 61).

Pesquisadores do INCA afirmam que “os custos vão cair na saúde pública, que terá aumento de pacientes com doenças crônicas”. Reforçam, ainda, que aumentar a quantidade de agrotóxicos na comida do brasileiro só precariza a saúde e qualidade de vida⁸.

A ACT Promoção de Saúde⁹ – organização engajada na prevenção de fatores de risco de Doenças Crônicas Não Transmissíveis – aduz que o conjunto de medidas contribui para botar o país na contramão do mundo, já que há uma mobilização global forte contra o uso de agrotóxicos. Acrescenta ainda que a burocracia deve ser realmente resolvida, mas isso não significa afrouxamento. Além disso, preconiza que se deve caminhar cada vez mais para a independência de agrotóxicos, mas o PL segue o caminho oposto, o que é insustentável a longo prazo.

Relatores das Nações Unidas¹⁰ enviaram no início de junho um comunicado ao Governo brasileiro manifestando preocupações com as propostas de mudança da lei

⁸ BELLONI, Luiza. PL do Veneno: a opinião de 8 pré-candidatos à Presidência sobre mudança da Lei dos Agrotóxicos. HUFFPOST, 01 jul. 2018. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/01/pl-do-veneno-a-opinioao-de-8-pre-candidatos-a-presidencia-sobre-mudanca-da-lei-dos-agrotoxicos_a_23470637/. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁹ GONZALEZ, Amelia. Projeto de Lei sobre agrotóxicos, o ‘PL do veneno’ põe o lucro acima da saúde das pessoas. G1, 30 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/blog/nova-etica-social/post/projeto-de-lei-sobre-agrotoxicos-o-pl-do-veneno-poe-o-lucro-acima-da-saude-das-pessoas.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁰ JUSTIFICANDO. PL do Veneno violaria direitos humanos, dizem relatores da ONU. 13 jul. 2018. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/07/13/pl-do-veneno-violaria-direitos-humanos-dizem-reatores-da-onu/>. Acesso em: 17 jul. 2018.

de agrotóxicos. Os especialistas alertaram que, caso aprovadas, tais alterações violarão direitos humanos de trabalhadores rurais, comunidades locais e consumidores dos alimentos produzidos com a ajuda de pesticidas. Além disso, os relatores notaram que um projeto de lei alternativo (PL 6670/2016), que estabelece uma política nacional de redução de pesticidas, tem sido marginalizado e só em maio de 2018 foi estabelecida comissão para analisá-lo.

Em uma tentativa de neutralizar a discussão em torno do projeto que altera as regras de registro de agrotóxicos no país, a ANVISA (Anvisa Nacional de Vigilância Sanitária) pretende aprovar uma norma que agiliza a avaliação toxicológica desses produtos. Segundo o diretor-presidente da agência, Jarbas Barbosa¹¹, entre as medidas estão mudanças nos rótulos que conferem padrão semelhante a normas internacionais e a adoção de uma espécie de “lista positiva”, o que deve agilizar a análise no caso de substâncias já aprovadas em diversos países durante avaliações de riscos à saúde.

O Ministério Público Federal (MPF), por meio de Nota Técnica, manifestou-se duramente pela inconstitucionalidade do PL em questão, especialmente por consignar a submissão do direito à saúde, ao meio ambiente, e a defesa do consumidor à ordem econômica, especificamente à Política Agrícola (ABRASCO; ABA, 2018, p. 61).

No art. 9º do PL, que prevê restrições à atuação dos Estados e Municípios, o MPF consigna existir grave inconstitucionalidade por violação do parágrafo 2º, do art. 24, da Constituição da República (CR), ao impossibilitar o exercício da competência concorrente dos Estados e DF para legislar sobre a matéria, bem como limitar a competência comum de proteção da saúde e meio ambiente estabelecida nos incisos II e VI do art. 23, da CR (ABRASCO; ABA, 2018, p. 72). Cita, ainda, violação aos incisos VI do art. 170 e inciso V do parágrafo 1º do art. 225 da CR/88, que estabelecem o controle e o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e de seus processos de elaboração e prestação.

Além disso, há violação do art. 196 da Carta de Outubro, que estabelece o dever de adoção de políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças. Logo, reputam-se inconstitucionais o estabelecimento de medidas que flexibilizem o controle em detrimento da saúde e meio ambiente, com a eliminação dos critérios de proibição do registro de agrotóxicos baseados no perigo e vedação de registro de substâncias teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas, ou que provoquem distúrbios hormonais e/ou danos ao sistema reprodutivo (art. 3, § 6º, Lei nº 7.802/89); a possibilidade de registro de agrotóxicos utilizados em pelo menos 3 países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico), que não leva em consideração as peculiaridades locais; a autorização e registro temporário automático, em decorrência do decurso do prazo para análise nos órgãos estatais; reanálise de produtos apenas em caso de alerta internacional, ignorando as pesquisas dos órgãos

¹¹ CAMPANHA PERMANENTE CONTRA OS AGROTÓXICOS E PELA VIDA. *Anvisa quer mais rapidez em avaliação de riscos de agrotóxicos*. 11 jul. 2018. Disponível em: <http://contraosagrototoxicos.org/anvisa-quer-mais-rapidez-em-avaliacao-de-riscos-de-agrototoxicos/>. Acesso em: 18 jul. 2017.

nacionais; limitação da atuação dos órgãos de saúde e meio ambiente, ao restringir a ação regulatória a mera homologação; e possibilidade de uso de agrotóxicos sem o devido receituário (ABRASCO; ABA, 2018, p. 72-75).

Acrescenta, ainda, o MPF, a violação direta ao inciso V do art. 170 da CR, que estabelece a atuação conjunta do setor de agricultura e de saúde nessa atividade, assim como violação ao art. 220, § 4º da CR, pois é necessário que os agricultores e usuários desses produtos os reconheçam como produtos tóxicos e perigosos que são e não meros insumos agrícolas além da violação do princípio da vedação do retrocesso dos direitos socioambientais, prevista nos arts. 196 e 225 da CR e da vedação da proteção deficiente do meio ambiente, contida no § 3º do art. 225, especialmente por retirar a responsabilização penal da produção, comercialização, transporte, aplicação e prestação de serviço em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) endossou o entendimento do MPF e acrescentou a flagrante violação ao inciso XXII do art. 7º da CR, que determina a necessidade de redução dos riscos inerentes à saúde e à segurança dos trabalhadores. Acrescenta que a proposta é incompatível com a tutela do direito fundamental à saúde do trabalhador exposto aos agrotóxicos, expresso na Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil. Vulnera também a Convenção nº 170 da OIT relativa à segurança na utilização dos produtos químicos no trabalho.

4 VIOLAÇÕES AOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

Convém destacar que a visão de Estado de Direito importa na exata observância dos limites normativos impostos, especialmente aqueles especialmente positivados pelo legislador constitucional. Esses marcos limitativos, para além de regerem as ações dos indivíduos, também dizem respeito à própria atuação Estatal, de modo a torná-la a principal responsável pelo fiel cumprimento dos anseios dos legisladores, materializados em instrumentos normativos (STACZUK; FERREIRA, 2012, p. 100). Destarte, verifica-se que a legislação infraconstitucional, bem assim o próprio legislador, devem obediência aos princípios constitucionais na elaboração das leis.

O Estado possui compromisso com os direitos fundamentais protegendo-os não apenas contra o próprio Poder Público, ou seja, direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa (*Abwehrrecht*), mas também contra possíveis agressões perpetradas por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*), figurando, desse modo, como um guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*) (MENDES; BRANCO, 2017, p. 674-675).

Nessa conjuntura, visualiza-se duas faces quanto aos direitos fundamentais, especialmente que: eles contêm uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*) e expressam um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Quer-se dizer que há uma proibição do excesso (*Übermassverbote*) e uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*), sendo

que tal lógica se aplica em especial aos direitos sociais, dos quais fazem parte a saúde, a alimentação e o trabalho (MENDES; BRANCO, 2017, p. 675).

Como lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo (2017, p. 675), o dever de proteção pode ser classificado em: a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*) e c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), esse último com especial relevância para o tema dos agrotóxicos. Segundo os autores, esse dever autoriza o Estado a tomar atitudes que visem a evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas que o protejam ou o previnam, especialmente no que concerne ao desenvolvimento técnico e tecnológico.

O afrouxamento das regras atinentes aos agrotóxicos pelo “PL do veneno” representa violação ao direito de proteção, que está ligado aos direitos sociais (CR/88, art. 6º). Aliás, a Corte Constitucional Alemã - BVerfGE, 77, 170 (214) – já reconheceu o dever/direito de proteção, aduzindo que a sua violação represente violação à Constituição de Weimer (MENDES; BRANCO, 2017, p. 676).

Demais disso, é flagrante a violação de vários outros princípios constitucionais ambientais, em especial do princípio da vedação do retrocesso ambiental, pelo “projeto do veneno”. O ministro Antônio Herman Benjamin, em notável contribuição ao Direito ambiental, aduz que:

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção (BENJAMIN, 2015, p. 62).

Dessa feita, falar em princípio da proibição do retrocesso implica dizer que “não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial”, ou seja, o direito passa a ser constitucionalmente garantido, de modo que “uma lei pode vir alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 679).

Com uma visão clara do assunto, Prieur (2015, p. 12) elenca as possíveis ameaças à legislação ambiental:

No atual momento, são várias as ameaças que podem ensejar o recuo do Direito Ambiental: a) ameaças políticas: a vontade demagógica de simplificar o direito leva à desregulamentação e, mesmo, à “deslegislação” em matéria ambiental, visto o número crescente de normas jurídicas ambientais, tanto no plano internacional quanto no plano nacional; b) ameaças econômicas: a crise econômica mundial favorece os discursos que reclamam menos obrigações jurídicas no âmbito do meio ambiente, sendo que, dentre eles, alguns consideram que essas obrigações seriam um freio ao desenvolvimento e à luta contra a pobreza; c) ameaças psicológicas: a amplitude das normas em matéria ambiental constitui um conjunto complexo, dificilmente acessível aos não especialistas, o que favorece o discurso em favor de uma redução das obrigações do Direito Ambiental (PRIEUR, 2015, p. 12).

As palavras de Prieur refletem o cenário construído para a aprovação do “PL do veneno”, caracterizado por uma maciça articulação para que se entenda a legislação como retrógrada e “antidesenvolvimentista”.

No mesmo sentido, Garcia (2015, p. 108) descreve que “a reação de grande parcela de poluidores e prejudicados pelo enrijecimento da proteção do meio ambiente passou a ser articulada e nos últimos anos começou a ganhar corpo” e esse movimento pode resultar em verdadeira desconstrução do sistema jurídico-ambiental brasileiro.

Nas palavras de Peter Haberle (2006, p. 211):

Quando o retrocesso ambiental estiver em jogo a questão que se coloca é se uma geração humana possui o direito de impedir a vida com qualidade de outra geração (seja a atual geração comprometendo as condições para as gerações futura; sejam as gerações futuras servido de fundamento para impedir determinados padrões de vida para as presentes gerações), e de que maneira os mais modernos sistemas democráticos seriam capazes de validar uma decisão desta natureza.

E, mais uma vez, o ministro Antônio Herman Benjamin alerta para o fato de que as futuras gerações não podem estar fisicamente presentes nos debates legislativos do presente, bem como não podem se manifestar as milhões de espécies existentes no planeta, muitas das quais sequer são conhecidas pela ciência. Para esse autor, dentre os recursos jurídicos disponíveis para preservar os interesses das atuais e futuras gerações está o reconhecimento de um princípio geral do Direito Ambiental, considerado sistêmico: o princípio da proibição do retrocesso ambiental (BENJAMIN, 2011, p. 63).

A “PL do veneno” colide, ainda, na função social da propriedade (artigo 170, inciso I, da CR), na defesa do consumidor (artigo 170, inciso V, da CR), na defesa do

meio ambiente (artigo 170, inciso VI, da CR) e na redução de desigualdades regionais e locais (artigo 170, inciso VII, da CR) (STACZUK; FERREIRA, 2012).

Sobretudo em matéria ambiental, é cediço que evitar a incidência de danos ambientais é melhor que remediá-los. Essa é a ideia chave dos princípios da prevenção e da precaução, já que as sequelas de um dano ao meio ambiente muitas vezes são graves e irreversíveis (quando não, de difícil reversão). A finalidade ou o objetivo final do princípio da prevenção é evitar que o dano possa chegar a produzir-se (SILVA, 2016, p. 64).

Segundo o princípio da precaução, na dúvida, opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente (*in dubio pro salute* ou *in dubio pro natura*) (SILVA, 2016, p. 68). A proposição nº 6299/02 inverte a interpretação do conjunto normativo presente na Carta de Outubro e subverte a interpretação constitucional que fundamentou a racionalidade ético-política do Estado de Direito, secundarizando a priorização da proteção ao meio ambiente. Diante disso, o que ocorre é a aceitação do risco com a liberação de produtos agressivos ao meio ambiente e à sociedade em geral com a ameaça à continuidade de várias espécies e à saúde do ser humano, expondo a biota e o ambiente natural a riscos cujos danos ainda são desconhecidos. Em matéria de agrotóxicos há muitas dúvidas, mas elas são rapidamente atropeladas pelo avanço desenfreado do capital.

O PL também afronta o princípio do poluidor-pagador, segundo o qual os custos sociais externos que acompanham o processo de produção devem ser assumidos pelos empreendedores (SILVA, 2016, p. 70). Isso porque as mudanças propostas retiram o ônus do poluidor e impõe à coletividade os danos causados pela atividade econômica. Essa mudança fragiliza, por conseguinte, a teoria do risco integral que norteia a responsabilidade civil objetiva por danos ambientais. Edis Milaré (2001, p. 428) reforça que:

A vinculação da responsabilidade objetiva à Teoria do Risco Integral expressa a preocupação da doutrina em estabelecer um sistema de Responsabilidade o mais rigoroso possível, ante o alarmante quadro de degradação que se assiste não só no Brasil, mas em todo o mundo. Segundo essa doutrina do Risco Integral, qualquer fato culposo ou não culposos, impõe ao agente a reparação, desde que cause um dano (MILARÉ, 2001, p. 428).

A imposição destas medidas por parlamentares, por vezes movidos por interesses escusos, exclui a sociedade do debate de um assunto tão importante, que afeta a vida de todos e das gerações futuras. Os cidadãos têm o direito (e o dever) de participar da tomada de decisões que possam vir a afetar o equilíbrio ambiental (princípio da participação comunitária), o que não foi respeitado (SILVA, 2016, p. 76).

O direito à participação pressupõe o direito de informação. Há uma interdependência lógica entre eles: só haverá participação popular caso haja acesso

às informações ambientais (SILVA, 2016, p. 78). E, o cenário de aprovação do PL na Comissão Especial, reunida a portas fechadas, sem levar em consideração a sociedade, os órgãos interessados e o MP é absolutamente antidemocrático.

Desta feita que, a inexistência do debate fere também o princípio do desenvolvimento sustentável, definido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, da Organização Das Nações Unidas como “o desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades”. Em outras palavras, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais.

Percebe-se que as decisões tomadas hoje, com a aprovação do PL, vão afetar em grande medida as futuras gerações, que vão arcar com os custos do adoecimento da geração atual. Nesse sentido, Dias (2010, p. 321) considera que “o desenvolvimento sustentável só pode se realizar se o processo de tomada de decisões políticas expandir-se à sociedade” (DIAS, 2010, p. 321). Acrescenta que, “nenhuma diretriz internacional ou qualquer princípio constitucional existente que trate do desenvolvimento sustentável pode concretizar-se se não for em bases democráticas, num ambiente político e constitucional que permita a participação popular no processo de tomada de decisão” (DIAS, 2010, p. 343). Assim, pode-se inferir grave violação ao princípio do desenvolvimento sustentável, positivado não somente em no ordenamento jurídico pátrio, como em tratados internacionais que o Brasil ratificou.

Por fim, não se pode olvidar que também há violação ao princípio do limite, o qual encontra respaldo na legislação constitucional e infraconstitucional. Segundo tal postulado, é incumbência do Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (art. 222, §1º, V, CR/88).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos últimos acontecimentos políticos e reformas empreendidas no fim de mandato presidencial de Michel Temer, não espanta a tramitação em regime de prioridade dada ao PL do veneno, tampouco, sua aprovação na Comissão Especial às portas fechadas. O Congresso Nacional vem assumindo a postura de um nascedouro de leis inconstitucionais, que causam efeitos nefastos à população, restando o julgamento da inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal.

Contudo, essa proposição, em especial, é explicitamente benéfica ao agronegócio e à indústria química que parece ter sido idealizada no seio do empresariado, dentro dos laboratórios da indústria produtora. A maximização dos lucros se mostra absolutamente desenfreada, contraposta à força normativa da Constituição brasileira de 1988.

Não parece haver solução que não seja a permeada pela mobilização maciça da população, pois ainda diante de vários pareceres contrários às proposições, sejam eles jurídicos ou técnicos, a tendência é que a bancada ruralista persista empreendendo esforços para sua aprovação em Plenário, especialmente com a posse da Deputada Tereza Cristina (apelidada de “Musa do Veneno”), como Ministra da Agricultura.

Se o Brasil já é, hoje, um dos maiores consumidores de agrotóxicos do mundo, a que patamar será levado? De o país com mais casos de intoxicação e incidência de câncer e outras neoplasias pelo manuseio e consumos destes produtos? Campeão (Brasil) em razão da perda da biodiversidade e em razão da poluição do solo ou da água?

Diante de todo o exposto, o PL do veneno representa um importante avanço aos interesses do agronegócio, que, por óbvio, almeja a maximização dos lucros. Entretanto, macula a ordem constitucional, que se mostra aberta ao desenvolvimento, desde que seja sustentável e alinhado aos seus preceitos protetivos, e fere profundamente os princípios estabelecidos na Lei Maior.

Devemos considerar com reservas o discurso sobre a obsolescência da Lei pelo discurso da obsolescência da Lei nº 7802/89, pois, conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, “modernizar” a lei deveria significar barrar a entrada de agrotóxicos perigosos, já banidos em diversos países, em vez de lhes facilitar o uso e registro. Outrossim, matéria de tamanha repercussão na qualidade de vida da população e que influencia sobremaneira à saúde das gerações futuras, deveria ser amplamente debatida com a sociedade, em atenção aos princípios constitucionais ambientais que a aprovação do PL sufraga.

REFERÊNCIAS

ABRASCO. ABA. **Dossiê científico e técnico contra o Projeto de Lei do Veneno (PL 6.229/2002) e a favor do projeto de Lei que institui a política nacional de redução de agrotóxicos** – PNARA. Rio de Janeiro, Maio, 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Princípio de proibição de retrocesso ambiental**. In: O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2011.

BRASIL. **PL 6.299/02**. Altera os arts. 3º e 9º da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Brasília, Câmara dos Deputados, 2002.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. **Democracia Urbana: É possível coadunar desenvolvimento sustentável e práticas democráticas nos espaços urbanos no Brasil?** Curitiba: Juruá Editora, 2010.

GARCIA, Júlio César. **O retrocesso normativo ambiental**: aportes metodológicos da história do direito. In: **Princípio da proibição do retrocesso em matéria socioambiental: estudos das teorias de Prieur**. Org.: Michel Prieur, Marcelo Buzaglo Dantas, Ricardo Stanziola Vieira; coord.: Denise Schmitt Siqueira Garcia, Maria Cláudia Da Silva Antunes De Souza, Liton Lanes Pilau Sobrinho. Autores: David Cassuto... [et al.]. Itajaí: UNIVALI, 2015.

HABERLE, Peter. **A constitutional law for future generations - the 'other' form of the social contract**: the generation contract. In: TREMMEL, Jörg (org.), **Handbook of intergenerational justice**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 215-229.

JORGE, F. W.; MORENO JUNIOR, W. **(Não) podemos retroagir as leis ambientais**. In: **Princípio da proibição do retrocesso em matéria socioambiental: estudos das teorias de Prieur**. Org.: Michel Prieur, Marcelo Buzaglo Dantas, Ricardo Stanziola Vieira; coord.: Denise Schmitt Siqueira Garcia, Maria Cláudia Da Silva Antunes De Souza, Liton Lanes Pilau Sobrinho. Autores: David Cassuto... [et al.]. Itajaí: UNIVALI, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRIEUR, Michel. **O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente**. Revista NEJ - Eletrônica, v. 17, n. 1, p. 06-17, jan. abr., 2012. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3634/2177>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

STACZUK, Bruno Laskowski Ferreira; SIVINI, Helene. **A dimensão social do Estado de Direito Ambiental**. In: Repensando o estado de direito ambiental. Org.: José Rubens Morato Leite, Helene Sivini Ferreira, Matheus Almeida Caetano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

POVOS INDÍGENAS E O SEU DIREITO AO CONSENTIMENTO

INDIGENOUS PEOPLE AND THEIR RIGHT TO CONSENT

MAURO GUILHERME MESSIAS DOS SANTOS¹

RESUMO

De há muito a discriminação e a exploração do indígena, do “Outro”, inspiram a adoção de documentos internacionais em seu favor. Uma das maiores conquistas foi o direito à consulta prévia, obrigatória em hipóteses capazes de afetar diretamente os povos indígenas. O objetivo geral da pesquisa é debater um alinhamento entre o direito do indígena à consulta prévia e o seu direito ao consentimento, na leitura feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e os objetivos específicos são investigar, sobretudo em Ricœur, a quantidade de ideologia presente na afirmação de que o indígena é garantido como um sujeito pleno de direito, assim como cotejar as bases filosóficas do pensamento de Dussel e Wolkmer, analisando de forma crítica e emancipadora a cultura jurídica que repousa sobre o indígena. A pesquisa emprega o método dedutivo, por meio da revisão bibliográfica das obras dos autores citados acima, a fim de realizar uma releitura do direito à consulta prévia. A principal conclusão do trabalho é a necessidade de reforçar o direito ao consentimento e disseminar um conhecimento crítico como estratégia contra-hegemônica de combate à cultura jurídica eurocêntrica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à consulta prévia. Direito ao consentimento. Povos indígenas.

ABSTRACT

Since ages, the discrimination and exploitation of the indigenous, the “Other”, inspire the adoption of international documents in their favor. One of the greatest achievements was the right to prior consultation, mandatory in situations capable of directly affect indigenous peoples. The general objective of the research is to discuss an alignment between the indigenous right to prior consultation and his right to consent, in the reading

¹ Mestrando em Direito, com ênfase em Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Pará (UFPA), em que igualmente se graduou. Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera-Uniderp (UNIDERP). Professor de Direito Penal e Processo Penal na Especialização da Universidade da Amazônia (UNAMA) e na plataforma digital preparatória para concursos públicos Qconcursos.com (QCONCURSOS). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e à Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa (AICLP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará (MPPA), titular de 2ª entrância com atuação exclusiva na área criminal. mauromessias@mppa.mp.br. E-mail: mauromessias@mppa.mp.br. Lattes : <http://lattes.cnpq.br/9572957947967406>

made by the Inter-American Court of Human Rights, and the specific objectives are to investigate, especially in Ricœur, the amount of ideology present in the affirmation that the indigenous people is guaranteed as a full subject of rights, as well as to compare the philosophical bases of the thought of Dussel and Wolkmer, analyzing critically and emancipating the legal culture that rests on the indigenous people. The research uses the deductive method, through a bibliographical review of the works of the authors mentioned above, in order to re-read the right to prior consultation. The main conclusion of the work is the need to reinforce the right to consent and to disseminate critical knowledge as a counter-hegemonic strategy to combat Eurocentric legal culture.

KEYWORDS: Right to consent. Right to prior consultation. Indigenous people.

1 INTRODUÇÃO

Os Estados latino-americanos estão organizados com fundamento na Modernidade europeia, mas mantêm, em maior ou menor proporção demográfica, povos originários, chamados genericamente de indígenas. Os Estados nacionais da América Latina, constituídos no início do século XIX à semelhança das constituições europeias, elaboraram com ênfase ainda maior o discurso da integração de todas as pessoas como cidadãos. Para os povos indígenas, igualmente, a palavra passou a ser integração, que revela a provisoriedade da condição de povo diferenciado (MARÉS, 2013, p. 4662).

Contudo, a partir da segunda metade da década de 1980, reivindicações políticas e mobilizações sociais dos povos indígenas, inclusive em aliança estratégica com parceiros não indígenas, reordenaram as relações de poder até então existentes, aproveitando situações políticas de reformas ou criações de constituições para garantir a inclusão normativa de reivindicações dos povos indígenas (BELTRÃO; ASSIS, 2014, p. 236).

O avanço político acima resultou sobretudo numa ampliação da normatização dos direitos indígenas no globo. A Convenção nº 169 (C-169) da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989, a Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas de 2007 (DNUPI), a recém-aprovada Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016 (DADPI), assim como a criação da Relatoria Especial sobre Direitos Indígenas na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) (MOREIRA, 2017, p. 40), pressionaram o silêncio colonialista de vários Estados frente à histórica exclusão do indígena.

De há muito, a discriminação e a exploração de trabalhadores indígenas e tribais inspiram a adoção de convenções e recomendações, a exemplo da Convenção nº 29 sobre Abolição do Trabalho Forçado, que entrou em vigor no ano de 1932. Em adição a isso, como forma de reagir contra o incessante desrespeito aos direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais, entre os quais o direito à identidade, língua, cultura e organização

social, a OIT adotou, em 1957, a Convenção nº 107. Refletindo concepções da época de sua negociação, a Convenção nº 107 da OIT possuía uma perspectiva assimilacionista da relação entre os indígenas e o Estado. Em consequência, a OIT decidiu promover a revisão dessa Convenção, e, em 1989, adotou a C-169, atualmente, um dos mais relevantes documentos internacionais sobre o tema.

No ano de 1993, em Viena, foi realizada a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que teve como objetivo principal a aprovação da Declaração e Programa de Ação de Viena, que versou inclusive sobre direitos dos povos indígenas, especialmente a autodeterminação.

Em 2007 e 2016, respectivamente, surgiram a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada na Organização das Nações Unidas (ONU), e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada na Organização dos Estados Americanos (OEA).

Por fim, embora não sejam direcionadas especificamente aos povos indígenas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP) lhes aproveitam os espaços de proteção, sobretudo por meio do artigo 27 do PIDCP, que garante, em favor das pessoas pertencentes a minorias étnicas, a proteção à identidade, à religião e à língua, e inclusive foi relacionado ao direito à consulta prévia no Caso Povo Indígena Maya do Distrito de Toledo contra Belize (Informe nº 40/2004, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

Os documentos internacionais acima, cada um a seu modo e a seu tempo, são considerados de fundamental importância para a garantia e proteção dos direitos conferidos aos povos indígenas.

2 DIREITO À CONSULTA PRÉVIA E DIREITO AO CONSENTIMENTO

Um importante avanço em prol dos direitos indígenas foi o direito à consulta prévia. Em hipóteses capazes de afetar os povos indígenas diretamente, a consulta prévia é obrigatória, nos termos dos artigos 6º, I, *a* (adoção de medidas legislativas ou administrativas),² 15, 2 (prospecção ou exploração de recursos do subsolo), 16 (reassentamento da comunidade), 17 (transmissão de direitos territoriais), 22 (programas de formação profissional) e 28 (práticas de ensino), da C-169, além de

² Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989). [...] Artigo 6º. 1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem; c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim.

diversos outros artigos da DNU DPI³ e da DADPI.⁴ Segundo Moreira (2014, p. 125), a previsão é *numerus apertus*, isto é, meramente exemplificativa.

Inclusive, para além da Convenção genebrina, que prevê expressamente uma única hipótese de exigência de consentimento (artigo 16 - reassentamento da comunidade), as declarações aprovadas respectivamente pela ONU, em 2007, e pela OEA, em 2016, requerem ordinariamente o consentimento por parte dos povos indígenas. Em outras palavras, enquanto a C-169 fala em mera consulta prévia, e, excepcionalmente, em consentimento no caso de reassentamento da comunidade, a DNU DPI e a DADPI avançam, referindo-se amplamente à necessidade de consentimento.

A obrigatoriedade da consulta prévia decorre igualmente do teor das sentenças da Corte IDH. Afinal, conforme o artigo 68, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), os Estados Partes na CADH comprometem-se a cumprir as decisões da Corte IDH em todo e qualquer caso em que forem partes. Inclusive, como os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) de um precedente expressam uma tese jurídica da Corte, o seu teor deve ser observado por todos aqueles que estão obrigados perante a CADH, ainda que não tenham diretamente figurado no litígio submetido ao Tribunal (MARINONI, 2012, p. 25-26). Por exemplo, no Caso Povo Saramaka vs. Suriname (2007), a Corte IDH decidiu que os Estados devem consultar previamente os povos indígenas afetados por projetos de exploração de recursos naturais (RAMOS, 2014, p. 366).⁵

Acontece que, no precedente acima, o Tribunal também decidiu que, existindo projetos de desenvolvimento ou investimento com grande impacto no território tradicional, o Estado tem a obrigação não só de consultar previamente a comunidade, mas de obter o seu consentimento livre, informado e prévio, de acordo com seus costumes e tradições. No mesmo sentido, desde 2003 ao menos, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) assinala que, no tocante à exploração de recursos que se encontrem no subsolo de territórios tradicionais de comunidades indígenas, a mera consulta prévia a essas comunidades é insuficiente para atender aos requisitos estabelecidos na Recomendação Geral nº XXIII, de 1997, do próprio CERD, fazendo-se necessária, pois, a obtenção do consentimento

³ Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas (2007). [...] Artigo 19. Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

⁴ Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016). [...] Artigo XXIII. [...] 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

⁵ *Vide*, como antecedentes: (i) Caso Povo Indígena Maya do Distrito de Toledo contra Belize (Informe nº 40/2004), em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apreciou o direito à consulta prévia; (ii) Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, julgado pela Corte IDH em 2005; e (iii) Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, julgado pela Corte IDH em 2006.

de ditas comunidades.⁶ Portanto, para a Corte IDH – e também para o CERD –, existe nítida diferença entre consulta prévia e consentimento (CASO DEL PUEBLO SARAKAKA VS. SURINAM, 2007, p. 43).

Feita essa breve exposição, surge um importante questionamento. À luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), os povos indígenas possuem um direito ao consentimento – um *plus* relativamente à consulta prévia –, ou apenas um quase-direito⁷ ao consentimento?

3 O MITO DO INDÍGENA ENQUANTO SUJEITO PLENO DE DIREITOS INTERNACIONAIS: A IDEOLOGIA DA IGUALDADE FORMAL E O INDÍGENA COMO O “OUTRO”

A C-169 nasceu com a missão de romper com o assimilacionismo previsto sobretudo na Convenção nº 107 da OIT e afirmar direitos estruturantes, tais como a consulta prévia, a territorialidade, a autoidentificação, a autodeterminação, entre outros, posicionando, assim, a existência dos povos indígenas como sujeitos de direitos (MOREIRA, 2017, p. 46). Todavia, como dito alhures, o trajeto histórico da ampliação da normatização dos direitos indígenas no globo demorou a chegar até esse ponto – se é que, de fato, chegou plenamente.

Os Estados nacionais da América Latina, constituídos no início do século XIX à semelhança das constituições europeias, como é o caso do Brasil, elaboraram com ênfase ainda maior o discurso da integração de todas as pessoas como cidadãos. Toda a legislação indigenista brasileira, desde o “descobrimento” até a Constituição Federal de 1988 (CRFB), é voltada para a integração.⁸ A lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a ideia de que integração era o bem maior que se oferecia ao gentio (MARÉS, 2013, p. 4662).

Apenas no século XX, as ciências sociais, notadamente a antropologia, vieram comprovar o equívoco e ineficácia da assimilação e integração dos povos a um Estado

⁶ *Idem*, em especial, o item 5 da Recomendação Geral nº XXIII do CERD, relativa aos direitos dos povos indígenas: “5. El Comité exhorta especialmente a los Estados Partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios”.

⁷ Numa tradução livre para a língua portuguesa, *soft law*, expressão inglesa, significa “quase-direito”, em contraposição a *hard law*, que, por sua vez, concerne aos documentos internacionais dotados de força vinculativa para os sujeitos de direito internacional.

⁸ “[...] Se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce” (1808); “...despertar-lhes o desejo do trato social” (1845); “...até a sua incorporação à sociedade civilizada” (1928); “[...] incorporação à comunhão nacional” (1934, 1946, 1967, 1969); “...integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (1973) (MARÉS, 2013, p. 4662).

Nacional, mas somente a partir de 1988 as constituições do continente o assumiram (MARÉS, 2013, p. 4663). Bulos (2014, p. 1635), numa visão aparentemente otimista, chega a afirmar que “a Carta [brasileira] de 1988 pode ser apelidada de ‘Constituição do índio’, pois foi a que mais se preocupou com o *indigenato*, inspirando, inclusive, as Constituições recentes do Paraguai e da Colômbia”.⁹

Marés e Bulos parecem confluir para a noção de que, sob o manto da “Carta de 1988” do Brasil, ou seja, ao menos num olhar formal, o indígena é, hoje, um sujeito pleno de direitos. Contudo, essa própria visada formal demanda cuidado, pois pode ideologicamente esconder um passado – e, quiçá, um presente – nefasto ao indígena.

No Brasil, por exemplo, a CRFB, em seu art. 5º, *caput*, diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, numa redação inspirada sobretudo na Declaração Universal dos Direitos do *Homem*, que foi antecedida pela Declaração dos Direitos do *Homem* e do Cidadão.¹⁰ O indígena era – ou hoje chega a ser – o “homem” referido nas declarações?

Hunt (2009, p. 17) duvida que Lafayette, aristocrata e militar francês com ampla atuação na Revolução Francesa e incumbido de rascunhar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e T. Jefferson, um senhor de escravos incumbido de redigir a Declaração da Independência dos Estados Unidos, tenham chegado a imaginar qualquer igualdade relativamente ao índio – ou ao escravo, ou à mulher. Convém referir que o principal autor da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), René Cassin, um jurista francês laureado com o Nobel da Paz em 1968 pelas suas contribuições à DUDH, deliberadamente retirou do artigo 12 de seu rascunho da DUDH a proscrição a “trabalhos forçados”, mantendo apenas a vedação à “escravidão”, numa atitude marcadamente colonial (CLAVERO, 2014, p. 36).

A igualdade formal referida nas declarações aplicava-se a todos, inclusive a indígenas? Para Douzinas (2000, 187), não: ela era de valor limitado para os não propriamente “homens” (ou seja, homens sem propriedade), mais limitado ainda para mulheres e completamente negado para aqueles definidos como não-humanos (colonizados, escravos e estrangeiros).

Portanto, realçar o direito à consulta prévia como suficiente ao *status* do indígena enquanto sujeito de direito, olvidando, contudo, o direito ao consentimento, sob o argumento de que a C-169 o prevê em apenas uma hipótese (artigo 16), representa um apego formalista – e, quem sabe, ideológico – semelhante ao mito da igualdade formal referido acima.

⁹ Em oposição, e na linha de pensamento do presente artigo, autores de escol entendem que a constituição guatemalteca de 1986 é considerada a primeira constituição multicultural latino-americana (BELTRÃO; ASSIS, 2014, p. 237), e não a CRFB.

¹⁰ Hunt (2009, p. 18) destaca a infeliz semelhança entre a “*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de 1789, e a “*Déclaration Universelle des Droits de l’Homme*” (Declaração Universal dos Direitos do Homem), de 1948. O artigo 1º daquela dizia “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, ao passo que o artigo I da segunda diz “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Ora, se uma visada restritiva assinala que o direito ao consentimento se aplica apenas na hipótese do artigo 16 da C-169, o que significa, então, a decisão da Corte IDH no Caso Povo Saramaka vs. Suriname (2007)? Parece existir uma ideologia escondida na visada restritiva do direito ao consentimento, pois, segundo a Corte IDH, o consentimento é condição não apenas quando exista o deslocamento dos povos indígenas de seu território (MOREIRA, 2014, p. 129).

A ideologia “opera atrás de nós, mais do que a possuímos como um tema diante de nossos olhos. É a partir dela que pensamos, mais do que podemos pensar sobre ela” (RICCEUR, 1990, p. 9). Apesar de corajosas, as raras pessoas que questionam as práticas e justificativas do sistema social histórico são tidas como bastante temerárias, e o grupo hegemônico, etnocêntrico, com certeza se voltará contra elas e com frequência as punirá como aberrações que não se podem tolerar (WALLERSTEIN, 2007, p. 73).

Falar em “aberrações”, ao estilo wallersteiniano, ou em “completamente negado”, como Douzinas, lembra a categoria filosófica do “Outro”, que Dussel desenvolve. Para o filósofo argentino, esse “Outro” não chegou a ser descoberto como “Outro” pelo europeu. Esse “Outro” sequer pôde ser o “Outro”. Na verdade, esclarece Dussel, o “ameríndio” foi encoberto como o “Mesmo”, aquilo que a Europa já era desde sempre. Em outras palavras, o “Outro”, com a chegada do europeu, nunca pôde ser ele próprio, logo, não foi *descoberto*, e sim, *encoberto*.

Por isso, Dussel (1992, p. 16-17) aponta que, para Hegel, América Latina, África e Ásia não fazem parte da Modernidade: Ásia é tida por “imatura”, América Latina é “inferior” e África é “bestial”. A posição do indígena respectivamente à Modernidade, portanto, nunca foi lateral, ou ao menos diminuta, e sim, completamente negada, na expressão de Douzinas.

Contrariamente a Hegel, Dussel formula a hipótese de que a América Latina, desde 1492, é, sim, um momento constitutivo da Modernidade, é a “outra face”, a alteridade essencial da Modernidade (1992, p. 21). A Modernidade, por sua vez, não consiste apenas no *ego cogito* (“eu penso”), no império da razão moderna, mas, também, e até mesmo antes, no *ego conquiro* (“eu conquisto”), no império da violência, do índio como vítima sacrificial do europeu, a “bestialidade” a ser ou evangelizada ou morta.

Assim, as Américas não foram propriamente descobertas, pois não permaneceram distintas, não apareceram como “Outro”, e sim, transformaram-se no objeto em que o “Mesmo” se projetou e encobriu. Para Dussel (1992, p. 35), o verdadeiro significado de descobrir as Américas seria constatar a existência de territórios continentais habitados por pessoas ao oeste do Atlântico, até então totalmente desconhecidos pelos europeus, o que exigiria do descobridor o gesto de abrir o seu horizonte de compreensão do mundo. Em outras palavras, descobrir consiste em reconhecer o “Outro” como o “Outro”, sem “mesmificá-lo”, ou seja, reconhecer o índio como o índio, sem “europeizá-lo”.

Não se vê, pois, como aderir à afirmação de Bulos (2014, p. 1635), segundo o qual tem-se no Brasil a “Constituição do índio”. Um índio, todavia, que não é proprietário de seu território, e sim possuidor (art. 231, § 2º, da CRFB) – pois a União é que detém a propriedade sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, XI, da CRFB). Um índio que enxerga como idioma oficial a língua portuguesa (art. 13 da CRFB), embora a Fundação Nacional do Índio (2018, p. 1) registre 274 línguas faladas pela população indígena do país. Um índio que é legislado pela União (art. 22, XIV, da CRFB). Um índio que pode ver, na sua terra tradicionalmente ocupada, o Congresso Nacional autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais (art. 49, XVI, da CRFB) (BELTRÃO; ASSIS, 2014, p. 242). Por fim, um índio que, embora deva ser consultado na hipótese de quaisquer medidas legislativas ou administrativas lhe afetarem diretamente (art. 6º, I, a, da C-169), não pode opor nenhuma negativa a isso, segundo muitos defendem.

4 EM BUSCA DE UM MODELO CONSTITUCIONAL PARTICIPATIVO: O DIREITO AO CONSENTIMENTO E SUAS DIFERENÇAS RELATIVAMENTE À CONSULTA PRÉVIA

Tamanha a profundidade e largueza da função deformadora da ideologia da igualdade formal, indígenas, mulheres, negros, habitantes de assentamentos urbanos informais, etc., não enxergam o processo ideológico que pesa contra eles próprios.

O indígena, por possuir uma cultura diversa da europeia implantada no território brasileiro, é muitas vezes colocado em condições de inferioridade social e visto como estrangeiro não aceitável no meio da sociedade atual, predominantemente não indígena (DERRIDA, 2013, p. 123-125).

Embora configurem uma minoria numérica, em todos os entes da Federação há populações indígenas (FUNAI, 2018). A atual população indígena brasileira, segundo resultados preliminares do Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2010, é de 817.963 indígenas, dos quais 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas brasileiras (FUNAI, 2018).

O discurso colonial como aparato de poder se apoiou, desde o princípio, no repúdio das diferenças raciais, culturais e históricas, demonstrando toda a sua agressividade quanto aos diferentes, assumindo uma forma de governabilidade que passou a se apropriar, a dirigir e a dominar o “Outro”, isto é, o diferente do “Mesmo” (DERRIDA, 2013, p. 123-125).

Há um aceite geral, quase um acordo tácito acerca da dominação, do discurso. Como o escravo que, quando se revolta, fala a língua do senhor, pois já é um conquistado, ou a mulher, que, quando se liberta, exprime-se dentro da ideologia machista, pois já é uma dominada (DUSSEL, 1977, p. 7).

Wolkmer (2015, p. 95) fala da necessidade de “discorrer sobre a construção de um conhecimento crítico, como estratégia contra-hegemônica, para combater a cultura globalizada, neoliberal, eminentemente tecno-formalista e colonizadora”. O autor ressalta a “importância e o resgate do sujeito na história, bem como seu processo de luta pela justa satisfação de suas necessidades” (WOLKMER, 2015, p. 95).

O que a ideologia interpreta e justifica, por excelência, é a relação com as autoridades, o sistema autoritativo. Toda autoridade procura legitimar-se, e os sistemas políticos se distinguem segundo seu tipo de legitimação (RICŒUR, 1990, p. 72). Daí a relevância da advertência de Wolkmer (2015, p. 97), para quem a constituição de uma cultura jurídica antiformalista e antidogmática, fundada nos valores do poder comunitário e pluralista, está necessariamente vinculada aos critérios também de uma nova legitimidade, de uma legitimidade desde baixo.

Na América Latina, ou no Brasil, há um modelo constitucional de participação concernente aos povos indígenas? Abaixo, na “Tabela 1”, reproduz-se uma síntese das principais características dos modelos de representação e de participação (BELTRÃO; ASSIS, 2014, p. 257):

Tabela 1: Modelo de representação vs. modelo de participação

REPRESENTAÇÃO	PARTICIPAÇÃO
Nação/Estado	Nações (Etnias) Estado
Cidadania liberal (hierarquizada)	Etnocidadanias (Dupla Cidadania, Cidadania multicultural ou Cidadanias diferenciadas)
Democracia	Demodiversidade
Unilateralidade discriminatória	Multilateralidade igualitárias e simétricas
Não reconhecimento formal de Etnias enquanto Nação (Questões relacionadas ao entendimento de soberania)	Reconhece etnias enquanto nações originárias
Admite a existência de povos originários via reconhecimento da diversidade, mas “sujeita ao estado nacional	Reconhece o protagonismo político dos povos originários
Admite a livre determinação desde que não conflite com as normas hegemônicas	Admite a livre determinação e a autonomia
Mantém cosmovisão eurocêntrica de base colonial	Possui cosmovisões múltiplas como princípios constitucionais
É excludente	É inclusiva
Ainda guarda contradições, expressas em princípios e artigos que conflitam em termos das diretrizes de orientação multicultural)	Procura acolher a diversidade dentro do texto com certa uniformidade/diversa

O debate acerca do consentimento enquanto direito ou quase-direito dos povos indígenas reside no cerne dos destaques acima de Wolkmer e na contraposição entre os modelos de representação e de participação.

Beltrão e Assis (2014, p. 256) apontam com clareza que a maioria dos Estados latinos, incluso o Brasil, segue a tradição colonial de origem europeia. Na América Latina em geral, e no Brasil, a soberania neoliberal parece esmagar a autodeterminação, sem que esta consiga localizar um espaço pluralístico.

O capital funda o Estado a ponto de afetar substancialmente práticas sociais, de modo que os povos indígenas não conseguem lutar por uma visão decolonial dos direitos.¹¹ Tal ocorre porque, como salientado por Donnelly (1998, p. 160):

Mercados livres são economicamente análogos ao sistema político baseado na regra da maioria, sem contudo a observância aos direitos das minorias. As políticas sociais, sob essa perspectiva, são essenciais para assegurar que as minorias, em desvantagem ou privadas pelo mercado, sejam consideradas com o mínimo respeito na esfera econômica. [...] Os mercados buscam eficiência e não justiça social ou direitos humanos para todos.

Para que o consentimento seja enxergado, de fato, como direito dos povos indígenas, será preciso que o Estado brasileiro progrida para o modelo constitucional de participação. É necessário superar as normas hegemônicas e admitir a livre determinação e autonomia dos povos indígenas.

A consulta prévia consiste no:

processo mediante o qual o consultante deve apresentar seu projeto ou proposta e estabelecer um processo de diálogo com os povos tradicionais, no sentido de ouvir, ser ouvido, esclarecer, ser esclarecido, olhar sob outro prisma e até mesmo convencer ou ser convencido, bem como compreende a necessidade de que esse diálogo ocorra de forma acessível não apenas fisicamente, mas também do ponto de vista da linguagem e equidade, propiciando que no curso do processo todos se sintam em condições de igualdade e respeitabilidade. (MOREIRA, 2014, p. 123).

¹¹ A preferência pelo termo “decolonial”, e não “descolonial” – suprimindo, portanto, o “s” –, busca marcar uma distinção com o significado clássico de “descolonizar”. Quer salientar que, ao invés de meramente desfazer o “colonial” ou revertê-lo, a visada consiste em superar o momento colonial, a face oculta da Modernidade, numa atitude pós-colonial, portanto. Tal marca distintiva, contudo, não é unânime no meio acadêmico-científico, daí a necessidade do presente esclarecimento terminológico, que, de modo algum, tenta sobrepujar ou estigmatizar a expressão “descolonial”, mas, apenas, explicitar o porquê da preferência pela gramática “decolonial”.

O consentimento, por sua vez, surge como um dos resultados da consulta prévia, diante da possibilidade de negativa por parte dos povos indígenas. Segundo o “Grupo das Nações Unidas para o Desenvolvimento (GNUMD), o consentimento deve ser livre no sentido de que seja tomado sem coerção, intimidação ou manipulação; prévio, pois deve ter lugar antes de qualquer autorização para o começo de atividades e em consonância com as características cronológicas da tomada de decisão por povos indígenas; e deve ser informado” (MOREIRA, 2014, p. 124).

Sonegar dos povos indígenas o efetivo direito ao consentimento parece representar um caminho em direção ao neocolonialismo, ao formalismo legalista e ao império do capital. Para uma constituição incorporar o modelo participativo, garantir a simples consulta prévia não basta: é preciso um compromisso com as necessidades dos povos indígenas, com a alteridade, com a autodeterminação do “Outro”, reconhecendo-o como distinto. Subtrair do “Outro” a autodeterminação é “mesmificá-lo”.

Apenas uma epistemologia crítica e decolonial, forjada na denúncia e na luta dos próprios grupos oprimidos contra as falsas legitimidades, serve de substrato para uma autêntica e compromissada filosofia política da alteridade, reflexo de uma sociedade verdadeiramente intercultural e pluralista (WOLKMER, 2015, p. 100-101).

Essa filosofia jurídica da alteridade, incorporando as necessidades fundamentais, como liberdade, justiça, vida digna e direitos humanos, possibilita a descoberta de um novo sujeito social, um sujeito subalterno, emergente, de um direito que fala e legitima, acima de tudo, a dignidade do outro, que respeita e protege (WOLKMER, 2015, p. 100-101).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa se justifica pela incessante adoção do procedimento de consulta prévia como mecanismo puramente formal de oitiva dos povos indígenas.

Como salientado por Wolkmer (2015, p. 97), a constituição de uma cultura jurídica antiformalista e antidogmática, fundada nos valores do poder comunitário e pluralista, está necessariamente vinculada aos critérios também de uma nova legitimidade, de uma legitimidade desde baixo.

Essa ponderação é fundamental, sobretudo porque, nas palavras de Quijano (2009, p. 75), o eurocentrismo não é exclusivamente a perspectiva cognitiva dos europeus, ou apenas dos dominantes do capitalismo mundial, mas também do conjunto dos educados sob a sua hegemonia. Dussel (1977, p. 18), referindo-se ao pensamento colonial, frisa que, já no século XX, as elites coloniais são levadas a Oxford, Cambridge, “centros” de “re-educação”, até mesmo de “lavagem cerebral”, nas palavras do autor.

À luz do SIPDH, os povos indígenas possuem, sim, direito ao consentimento, que, todavia, resta embaraçado, seja pela falta de compreensão das decisões da Corte IDH, sobretudo a partir do Caso Povo Saramaka vs. Suriname (2007), seja pela filiação eurocêntrica de muitos, que, com argumentos formalistas apoiados na qualidade de *soft law* da DNUDPI e da DADPI, na estrita redação da C-169, e na eventual ausência de previsão constitucional expressa nos Estados, buscam sonegar dos povos indígenas o direito ao consentimento.

Relativamente ao Brasil, a fim de atingir o modelo constitucional de participação, um primeiro passo parece ser reconhecer e respeitar o “Outro”, o índio enquanto índio, a sua autodeterminação, o que deve partir primeiramente da crítica à cultura jurídica interna, hoje demasiadamente eurocêntrica e neoliberal.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. **Movimentos, povos e cidadanias indígenas**: inscrições constitucionais e direitos étnicos na América Latina. In: BELTRÃO Jane Felipe. et al. *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Red DHES, 2014, p. 251-284.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM. **Sentencia del 28 de noviembre de 2007**. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas): pp. 1-67. (manuscrito em meio digital). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: ago. 2018.

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho global**: por una historia verossímil de los derechos humanos. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

DERRIDA, Jacques. **A outra questão. O estereótipo, a discriminação e o discurso do colonialismo. O local da cultura**. In: HOMI, K. Bhabha. Tradução Myrian Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. Colorado: Westview Press, 1998.

DOUZINAS, Costas. **The end of human rights**: critical legal thought at the turn of the century. Oxford: Hart Publishing, 2000.

DUSSEL, Enrique. **1492**: El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad. Madrid, Nueva Utopía, 1992.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**: na América Latina. São Paulo: Edições Loyola, 1977.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Quem são**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>. Acesso em: ago. 2018.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARÉS, Carlos Frederico. **Comentário aos artigos 231 e 232**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)**. 2012. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/2>.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos**: uma análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais. Ed. Lumen Juris: São Paulo, 2017.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **O Direito dos povos tradicionais à consulta prévia, livre e informada**. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de (Coords.). **Direito e desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2014, p. 113-134.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder e classificação social**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Coords.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73-117.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
RICCEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Tradução Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1990.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Tradução Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde América Latina**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes (Coords.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015, p. 95-101.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO DIREITO À SAÚDE INDIVIDUAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

MÁRCIO DE ALMEIDA FARIAS ¹

RESUMO

Artigo que analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconheceu em sede de repercussão geral a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública com a finalidade de efetivação de direito à saúde de pessoas hipossuficientes. O trabalho apresenta também o fundamento constitucional e legal dessa legitimidade. Defende ainda a ideia de que o direito à saúde deve ser visto sob dois prismas: o coletivo e o individual e que a saúde é um direito fundamental autoaplicável. Finaliza afirmando que houve acerto na posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Legitimidade. Direito à Saúde. Direitos indisponíveis. Ação Civil Pública.

ABSTRACT

An article that analyzes the jurisprudence of the Federal Supreme Court that recognized in general repercussion the active legitimacy of the Public Prosecutor's Office for the filing of a Public Civil Action with the purpose of effecting the right to health of people who are underinsured. The work also presents the constitutional and legal foundation of this legitimacy. It also defends the idea that the right to health must be seen under two prisms: the collective and the individual, and that health is a fundamental self-applicable right. It ends by stating that the position adopted by the Federal Supreme Court was correct.

KEYWORDS: Public Prosecutor's Office. Legitimacy. Right to Health. Rights unavailable. Class Action.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Ministério Público deixou de ser um mero fiscal da lei, para se tornar em um verdadeiro guardião da sociedade, defensor dos direitos e garantias fundamentais e da ordem jurídica e democrática.

Sobre o tema assim leciona, Paulo Gustavo Gonet Branco:

¹ Promotor de Justiça; Mestre em Direitos Fundamentais pela UNAMA; Especialista em Direito Constitucional pela UNESA; Graduado em Direito pela UFPA

O Ministério Público recebeu do constituinte de 1988 tratamento singular no contexto da história do constitucionalismo brasileiro, reconhecendo-lhe uma importância de magnitude inédita na nossa história e mesmo no direito comparado. Não é possível apontar outra instituição congênere de algum sistema jurídico aparentado ao nosso a que se possa buscar socorro eficaz para a tarefa de melhor compreender a instituição como delineada aqui atualmente. O Ministério Público no Brasil, máxime após a Constituição de 1988, adquiriu feições singulares, que o estremam de outras instituições que eventualmente colham designação semelhante no direito comparado.²

Dentro dessa nova roupagem, nos últimos anos, o órgão do Ministério Público, que possui a natureza jurídica de função essencial à Justiça, nos termos do art. 127, caput, da CF/88, tem se preocupado com a efetivação dos direitos sociais, como a saúde, educação, moradia, dentre outros³.

Vale ressaltar, que com esse crescente ativismo ministerial, ocorre um considerável aumento nos casos de judicialização das políticas públicas, pois os direitos sociais acima elencados, necessitam da implementação dessas políticas por parte do Poder Executivo, que por sua vez, demandam grandes somas em recursos públicos para sua efetivação.

Iremos demonstrar no presente artigo, que a atuação do Ministério Público, especificamente em relação ao direito à saúde, pode se dar também no que tange ao aspecto individual e não somente no aspecto coletivo. Isso será possível, e vamos demonstrar isso ao longo do texto, pela própria natureza híbrida do direito à saúde: simultaneamente um direito coletivo e individual.

O instrumento jurídico a ser manejado pelo Ministério Público para realizar essa defesa do direito à saúde no plano judicial, será a ação civil pública, prevista pela Lei nº 7.347/85, que se constitui em um importante meio de efetivação de políticas públicas envolvendo direitos sociais.

A discussão do tema é tão importante, que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 605533, que teve como relator o Min. Marco Aurélio Melo, reconheceu a ocorrência de repercussão geral acerca da utilização de Ação Civil Pública para a defesa do direito à saúde de pessoas hipossuficientes pelo Ministério Público, o que será objeto de uma análise detalhada ao longo deste trabalho.

Desse modo, pretendemos no presente trabalho demonstrar o acerto da jurisprudência do STF, tendo em vista que o Ministério Público como o guardião da ordem jurídica e democrática possui ampla legitimidade para a defesa dos direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, não apenas no aspecto do interesse coletivo, mas também como interesse individual indisponível.

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, Editora Saraiva, pg. 1039.

³ Ver art. 6º da CF/88.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E LEGAL

Antes de apresentarmos os fundamentos constitucional e legal acerca da legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a defesa de direitos ou interesses individuais indisponíveis na área da saúde, entendemos ser necessário trazeremos à tona alguns conceitos importantes.

Primeiramente, precisamos saber como a doutrina define o instituto da legitimidade. O instituto é definido como “a pertinência subjetiva da demanda”, conforme leciona Daniel Amorim Assumpção das Neves⁴.

Segundo o mesmo autor, há duas espécies de legitimidade: a ordinária e a extraordinária. A primeira ocorre quando um sujeito defende em nome próprio um interesse próprio. É a regra no sistema processual, no que tange à tutela individual⁵. Já a legitimidade extraordinária significa que alguém está defendendo em juízo em nome próprio um interesse de terceiro⁶. A legitimidade extraordinária pode ser considerada como um sinônimo da chamada substituição processual⁷. Um exemplo dessa legitimidade extraordinária ou de substituição processual é justamente a atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde de um único indivíduo.

Outro importante conceito é justamente sobre o que vem a ser “interesse individual indisponível”. Pois bem, um interesse ou um direito de índole individual é indisponível quando seu titular não pode dele livremente dispor⁸. Um exemplo clássico: o direito à vida. Este direito, por sua vez está intimamente relacionado com o direito à saúde, pois é impossível ter uma vida de qualidade se o indivíduo não possuir também uma saúde com qualidade.

Mais um conceito que precisa ser conhecido é o de “interesse ou direito individual homogêneo”. O CDC, apresenta no art. 81, inciso III, o seguinte conceito: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os de origem comum.

Felipe P. Braga Neto, assim leciona sobre o tema:

Neste inciso III – interesses ou direitos individuais homogêneos – temos direitos individualizados, porém, como numericamente são múltiplos os titulares, é conveniente para a ordem jurídica e para a sociedade que a defesa deles se processe nos moldes coletivos. Exemplo de interesse individual homogêneo teríamos entre os

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010, pg. 89.

⁵ Idem, pg. 89.

⁶ Ibidem, pg. 89.

⁷ Ibidem, pg. 90.

⁸ Em nossa opinião as expressões direito e interesse são sinônimas, não havendo diferença prática entre elas.

mutuários do Sistema Financeiro de Habitação e a CEF (Caixa Econômica Federal).⁹

Como já dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 127, caput, concedeu ao Ministério Público a natureza jurídica de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e *individuais indisponíveis*”.

Ao comentar o aludido art. 127 da CF/88, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que o Ministério Público “ganhou o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa.”¹⁰ O mesmo autor prossegue dizendo que “a instituição foi arquitetada para atuar desinteressadamente na prossecução dos valores mais encarecidos da ordem constitucional”¹¹.

O que o autor está querendo dizer, em outras palavras, é que a atuação ministerial não se limita apenas judicialmente, mas que existe também uma atuação do Ministério Público no campo extrajudicial, especialmente em relação ao Poder Executivo e as políticas públicas.

Este importante dispositivo (art. 127) é o fundamento jurídico de índole constitucional que dá ao Ministério Público a legitimidade ativa necessária para defender em juízo, não apenas os interesses sociais, que são os direitos coletivos, mas também e acima de tudo, os interesses individuais indisponíveis.

No que tange à legislação infraconstitucional, encontramos em diversos diplomas legais dispositivos que concedem ao Ministério Público essa legitimidade de atuação em defesa desses interesses.

Podemos mencionar o art. 1º, caput, da Lei nº 8.625/93, que é a Lei Orgânica dos Ministérios Públicos dos Estados, o qual dispõe:

Art. 1º. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e *individuais indisponíveis*. (grifo nosso)

Temos também a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do MPU), que em seu art. 1º, caput, dispõe:

Art. 1º O Ministério Público da União, organizado por esta lei Complementar, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem

⁹ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ, Editora Jus Podium, 2007, pg.210.

¹⁰ Idem, pg. 1041.

¹¹ Ibidem, pg. 1041.

jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis. (grifo nosso).

Outro fundamento legal recentemente criado foi o art. 176 do Código de Processo Civil de 2015, o qual estabelece que: “o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.”

Por esse importante dispositivo legal, vemos que o Ministério Público deixou de ser um mero fiscal da lei, como era previsto no CPC de 1973, sendo alçado à condição de fiscal da ordem jurídica, ou seja, abrangendo não apenas as leis em sentido estrito, mas todas as normas jurídicas, em especial às normas constitucionais e os tratados de direitos humanos incorporados no sistema jurídico brasileiro, nos termos do § 3º, do art. 5º da Constituição Federal.

No art. 176 do Novo CPC, vemos que o Ministério Público também possui a fundamentação legal para defender duas classes de direitos ou interesses: os sociais e os individuais indisponíveis. Significa dizer que o Ministério Público pode ingressar com uma ação civil pública para garantir o direito à saúde de um grupo de pessoas, sendo que aí estaríamos diante de um direito social ou coletivo, ou ingressar com a mesma ação civil pública para defender o direito à saúde de um único indivíduo, visto se tratar de um direito individual indisponível.

Podemos asseverar que tais dispositivos legais apenas fizeram repetir o que o texto constitucional já havia determinado: o papel do Ministério Público Brasileiro como legitimado para a defesa em juízo dos interesses ou direitos individuais indisponíveis, quando estes estão sendo violados, especialmente pela omissão estatal em efetivar as políticas públicas.

Caberá, portanto, aos Membros do Ministério Público Brasileiro, fazerem valer essa legitimidade e atuarem de forma mais ativa na defesa desses direitos, especialmente quando se tratar do direito à saúde, pois muita das vezes os titulares desses direitos são pessoas que não têm nenhuma condição de dignidade.

3 O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO SIMULTANEAMENTE COLETIVO E INDIVIDUAL

A Constituição Federal deu grande destaque ao direito à saúde. Em primeiro lugar, vemos que o texto constitucional prevê o direito à saúde como um direito social, nos termos do art. 6º. Convém ressaltar, que se ficarmos apenas na análise desse dispositivo, vamos concluir que o direito à saúde pode ser considerado como um direito coletivo. E este raciocínio não está errado.

De acordo com o art. 81, II, do Código de Defesa do Consumidor, os interesses ou direitos coletivos, são aqueles “transindividuais de natureza indivisível de que seja

titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

Assim, a saúde como um direito social e coletivo será um direito de índole transindividual de natureza indivisível, tendo como titular um grupo, categoria ou classe de pessoas, unidas entre si por uma relação jurídica.

Vamos exemplificar: um grupo de segurados de um determinado plano de saúde os quais pleiteiam judicialmente um tratamento médico não ofertado pelo plano ou um grupo de pessoas que necessitam fazer hemodiálise, mas um hospital público deixa de oferecer o serviço. Essas pessoas possuem legitimidade, inclusive, com o apoio do Ministério Público, para ingressarem com uma ação coletiva para fazer valer seu direito à saúde.

O que podemos verificar também e, isso precisa ficar claro, é que a Constituição de 1988, ao colocar a saúde no rol dos direitos sociais, também colocou a saúde no capítulo dos direitos e garantias fundamentais. Isso significa que deve ser reconhecida a fundamentalidade desse direito, independente da titularidade deles.

Flávia Piovesan observa que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra “ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social”¹².

Além do mais, a autora, assevera que no direito brasileiro:

[...] desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata¹³.

O que a autora está querendo dizer é que o direito à saúde, ao ser concebido também como um direito fundamental, possui o atributo da aplicabilidade imediata, ou seja, não necessita de uma legislação infraconstitucional para se dar efetividade ao mesmo.

Assim, o Poder Judiciário, com base nessa aplicabilidade imediata, a qual está prevista expressamente no §1º, do art. 5º da Constituição Federal¹⁴, poderá compelir os Poderes Executivo e Legislativo a cumprirem as políticas públicas na área da saúde, independentemente de haver uma legislação regulamentando a matéria.

O juiz aplica diretamente a Constituição ao caso concreto, a partir é claro da provocação das partes, dentre as quais o Ministério Público, que é considerado pela Constituição como uma função essencial à Justiça, nos termos do art. 127.

Contudo, não desejamos, pelo bem do regime democrático, que tenhamos um Judiciário possuído por um espírito de ativismo judicial desenfreado, o qual invade a

¹² PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas in *Direitos Fundamentais Sociais*/ J.J. Gomes Canotilho, Marcus Oriane Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. – São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 55.

¹³ Idem.

¹⁴ Art. 5º, §1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

competência dos outros poderes sem nenhum critério e sem observar o sistema de freios e contrapesos.

Nesse sentido, a atuação do Ministério Público, como o fiscal da ordem jurídica¹⁵ é de suma importância não admitindo que o Poder Judiciário extrapole suas funções, provocando a instabilidade entre os Poderes do Estado e criando insegurança jurídica.

Vemos também, no art. 196 da Constituição Federal que a saúde é tratada como “um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nesse dispositivo, vemos inicialmente, que a titularidade do direito fundamental à saúde é “de todos”.

Assim, não há dúvidas de que estamos diante de um direito fundamental simultaneamente coletivo e individual, pois a expressão “direito de todos” poderá abranger tanto um grupo de pessoas determinadas ou um único indivíduo que necessite de um tratamento médico. Incluídos também os estrangeiros residentes no país, conforme prevê o caput do art. 5º da Constituição de 1988.

Nesse sentido, Fernando Facury Scaff, leciona que os direitos sociais possuem um núcleo heterogêneo e não unitário, muito mais caracterizado pelo seu “objetivo” ou “alcance” do que por seu “núcleo”¹⁶. O Direito à saúde, como cita o autor, “pode ter no caso concreto um alcance individual – e aí não ser propriamente um direito social; mas pode ter um alcance social, quando implementador de uma política pública.”

Vemos ainda que o art. 196 da Constituição afirma que a saúde além de ser um direito de todos, também é um dever do Estado, garantido por meio da implementação de políticas sociais e econômicas, comumente conhecidas como políticas públicas, visando à redução do risco de doença, a fim de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços.

Desse modo, ao Estado, cabe a realização do direito social à saúde, por meio da implementação de políticas públicas, que demandam recursos financeiros, para as mais diversas finalidades, desde a construção de um posto de saúde na periferia de uma grande cidade, até a realização de uma campanha nacional de vacinação de crianças.

O Estado, dentro dessa ótica, é representado pelos Poderes Executivos e Legislativo, que são os poderes estatais responsáveis pela gestão e votação do orçamento público, onde consta a previsão de receitas e despesas públicas a cada ano fiscal, conforme os ditames constitucionais.

Entretanto, o fato de a Constituição prever que o direito à saúde é efetivado pelo Estado por meio da implementação dessas políticas públicas, não retira a individualidade desse direito fundamental.

¹⁵ Art. 176 do CPC de 2015.

¹⁶ SCAFF, Fernando Facury. A Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil in A Eficácia dos Direitos Sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pg. 22.

Sobre o tema, leciona Brito Filho que a visão do direito à saúde como um direito coletivo ou social, é dada pelo art. 196 da Constituição, “pela ênfase que é emprestada às políticas sociais e econômicas para a prevenção dos riscos da doença e para sua promoção, proteção e recuperação”¹⁷.

Entretanto, segundo o autor, é no mínimo equivocado compreender o direito à saúde somente sob essa ótica, pois do “ponto de vista das pessoas, a saúde é, claramente, uma questão que envolve cada um dos indivíduos, não sendo possível raciocinar apenas pelo prisma coletivo”¹⁸.

Continua Brito Filho:

Pensar de forma diferente, é imaginar que o ser humano, em relação ao direito à saúde, é somente uma parte de um todo, e que basta uma política geral para que o direito seja preservado, como se os problemas de saúde não se manifestassem de maneira individualizada em cada pessoa, como se as particularidades dos indivíduos não os levassem a ter ou não determinados agravos à sua perfeita condição física e mental, como se as necessidades de todos fossem sempre as mesmas. É obvio que não é assim¹⁹.

Correto o pensamento do autor. O Estado ao implementar políticas públicas na área da saúde, conforme prevê o art. 196 da Constituição, deverá levar em conta que a finalidade dessas políticas será garantir o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde, devendo respeitar as diferenças existentes entre as pessoas que compõe uma determinada comunidade, inclusive, levando-se em consideração a natureza e gravidade das doenças.

Um argumento apresentado por aqueles que não admitem que o direito à saúde também possua uma titularidade individual, reside no fato de que decisões judiciais em processos oriundos a partir de ações individuais, poderiam levar ao colapso do sistema, pois se estaria retirando recursos de políticas públicas que atenderiam a coletividade em prol de uma única pessoa.

Na doutrina, uma das vozes que defendem essa argumentação é Fernando Facury Scaff, que explica o seguinte:

Na ânsia de implementar integralmente as normas constitucionais, vem ocorrendo no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando diretamente o direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição. Fazem de forma individual o que

¹⁷ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Direito Fundamental à Saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário, pg. 139, in A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.5, p. 136-145, novembro de 2012.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Ibidem.

deveria ser implementado através de políticas públicas – o que pressupõe o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Com estas decisões, os programas e as políticas públicas de saúde tem sido bastante abalados financeiramente, e comprometida fica sua capacidade de implementação²⁰.

Respeitamos a posição de Scaff, porém discordamos totalmente dela. Ora, se o Estado - Administração não está implementando as políticas públicas na área da saúde – e isso infelizmente é uma realidade no Brasil, onde o dinheiro público é desviado para outras finalidades nada republicanas – caberá ao cidadão com acesso ao sistema de Justiça pleitear que o Poder Judiciário cumpra à Constituição.

Assim, por todos os argumentos acima apresentados, podemos afirmar que o direito à saúde pode ser considerado como um direito híbrido, simultaneamente coletivo e individual. Nos dois casos, o Ministério Público possui legitimidade para a defesa em juízo, por meio da ação civil pública. E mais: o direito fundamental à saúde deve ser considerado sempre como um direito autoaplicável, isto é, que pode ser aplicado diretamente aos casos concretos, sem a necessidade de lei regulamentadora, nos termos do art. 5º, §1º, da CF/88.

4 REPERCUSSÃO GERAL NO STF: LEGITIMIDADE DO MP PARA PROPOR ACP EM DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi reconhecida como repercussão geral a legitimidade do Ministério Público para “ajuizar ação civil pública com o objetivo de compelir os entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas”, nos termos do RE 605533²¹, que teve como relator o ministro Marco Aurélio Melo.

Dessa decisão, podemos afirmar que os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) estarão no polo passivo da demanda a ser ajuizada pelo Ministério Público. Considerando ainda que a jurisprudência do STF já decidiu que existe a chamada responsabilidade solidária²² entre os entes federativos na prestação

²⁰ SCAFF, Fernando Facury. A Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil in A Eficácia dos Direitos Sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pg. 35.

²¹ RE 605533 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 01/04/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-09 PP-02040 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 243-246.

²² No ARE 727864, julgado pelo STF, AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014, vemos o seguinte: (...)3. Responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o estado federal brasileiro, no contexto do sistema único de saúde (sus) – competência comum dos entes federados (união, estados-membros, distrito federal e municípios) em tema de proteção e assistência à saúde pública e/ou individual (cf. art. 23, ii). Determinação constitucional que, ao instituir o dever estatal de desenvolver ações e de prestar serviços de saúde, torna as pessoas políticas responsáveis solidárias pela concretização de tais obrigações jurídicas, o que lhes confere legitimação passiva “ad causam” nas demandas motivadas por recusa de atendimento no âmbito

das políticas públicas de saúde, poderá o MP ingressar com a ação civil pública contra qualquer ente federativo, ou contra mais de um, como é a praxe²³.

Qual a importância prática dessa decisão? Podemos afirmar que o reconhecimento do instituto da repercussão geral, que está previsto no art. 102, § 3º, da CF/88, introduzido pela Emenda nº 45, provoca o chamado “efeito multiplicador”.

Significa dizer que a partir do reconhecimento da repercussão geral, todos os recursos extraordinários que tramitam no STF, questionando a legitimidade do MP em ingressar com ACP na defesa de direito individual à saúde, receberão o mesmo tratamento. Evita-se, com a medida, a ocorrência de decisões conflitantes.

Vale ressaltar ainda que em 15/08/2018, o plenário do STF aprovou por unanimidade a tese defendida pelo relator Min. Marco Aurélio. A tese aprovada ficou com a seguinte redação: “O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise ao fornecimento de remédios a portadores de certa doença.”²⁴

Antes desse julgamento, havia cerca de 1.897 processos sobrestados aguardando a decisão final do STF, que veio somente em 15/08/2018²⁵.

Além desse julgamento de grande relevância, encontramos na jurisprudência da Corte Suprema, outras decisões importantes que reforçam o papel do Ministério Público na defesa do direito individual à saúde.

Podemos mencionar a decisão proferida nos autos do ARE 727864, que teve como relator o ministro Celso de Melo, conforme ementa parcialmente transcrita que segue:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-

do sus – consequente possibilidade de ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais – precedentes – recurso de agravo improvido.

²³ No âmbito do Ministério Público dos Estados é comum ao se ajuizar esse tipo de demanda, acionar o Estado e o Município para o fornecimento de medicamentos para a pessoa necessitada.

²⁴ Conforme notícia publicada no sítio eletrônico do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386926>. Acesso em: 01 nov. 2018.

²⁵ Idem.

819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) (...) –2. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES.** 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHES CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA “AD CAUSAM” NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 727864 agr, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO dje-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014). (grifo nosso).

O primeiro aspecto a ser sopesado nesse precedente, é a questão da utilização da ação civil pública pelo Ministério Público na defesa de direitos revestidos de metaindividualidade. Tais direitos, de acordo como a conceituação legal (art. 81 do CDC), são aqueles que são considerados como difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nessa decisão ficou claro que o Supremo Tribunal Federal entende, a partir do fundamento constitucional insculpido no art. 129, III, que o Ministério Público possui legitimidade ativa para ingressar em juízo com a ação civil pública para a defesa desses direitos.

O outro aspecto, que merece nossa análise, é que ser considerado pela Corte Suprema como o “Defensor do Povo”, coloca o Ministério Público na importante posição de garantidor do cumprimento dos direitos fundamentais da comunidade, o que engloba naturalmente tanto os direitos metaindividuais como os individuais indisponíveis.

No AI 863852, que foi relatado no STF, pelo Min. Dias Toffoli, também foi decidido que o Ministério Público possui a legitimidade aqui debatida. A ementa do julgado ficou assim:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Direitos individuais indisponíveis. Tratamento médico. Precedentes. **1. O Supremo Tribunal Federal já firmou a orientação de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais indisponíveis, de pessoa individualmente considerada, como ocorre com o direito à saúde.** 2. Agravo regimental não provido. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois não houve fixação prévia de honorários advocatícios na causa. (AI 863852 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 04-05-2017 PUBLIC 05-05-2017). (grifo nosso).

Neste julgado, o STF foi além: além de asseverar a legitimidade ativa do Ministério Público em ingressar com ação civil pública na defesa de direito indisponível, declarou que essa legitimidade também se aplica na defesa de “pessoa individualmente considerada, como ocorre com o direito à saúde”. Esse entendimento do STF, que já está pacificado, é de suma importância, para que possamos compreender que o direito à saúde embora seja considerado um direito social nos termos do art. 6º da CF/88, deve ser visto também como um direito fundamental individualmente considerado. E mais: o Ministério Público pode e deve defender esse direito!

Prosseguindo na análise de casos julgados pelo STF, envolvendo o tema, encontramos o seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO.

POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública em defesa de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde. II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, a realização de tratamento médico por paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Portanto, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. III – Em relação aos limites orçamentários aos quais está vinculada a ora recorrente, saliente-se que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. IV - Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. V – Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 820910 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 03-09-2014 PUBLIC 04-09-2014) (grifo nosso).

Nesse julgamento, que foi relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski, vemos mais uma vez a menção à jurisprudência pacífica do STF no sentido de se reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público na utilização da ação civil pública para a defesa de direitos individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde.

Verificamos também que a Corte Suprema defende que o indivíduo, titular do direito à saúde, poderá exigir a realização de um tratamento médico de qualquer ente federativo (União, Estado, Distrito Federal ou Município), isto porque a Corte já decidiu que a responsabilidade na prestação dos serviços públicos de saúde é solidária.

Outro aspecto relevante da decisão é que havendo conflito entre o princípio orçamentário e o direito fundamental à saúde de um indivíduo que necessite de um tratamento médico, como foi no caso em análise, deverá prevalecer o cumprimento do direito fundamental à saúde.

Busca-se com isso fazer com que o mínimo existencial em saúde seja alcançado em detrimento da reserva do possível.

Assim, o estado somente pode fazer uso do argumento da reserva do possível, que se refere à limitações de cunho orçamentário, caso garanta ao cidadão o mínimo de dignidade na prestação do serviço de saúde.

Para garantir do ponto de vista judicial, portanto, o mínimo existencial em saúde para as pessoas necessitadas e para a comunidade, numa perspectiva de direito coletivo, o Ministério Público tem o dever de ingressar com a ação civil pública.

Encontramos mais um importante julgado do STF, agora envolvendo o Ministério Público como garantidor da implementação de políticas públicas:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. **1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2.** O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecutorias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. **3.** Agravo regimental não provido. (AI 809018 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012). (Grifamos).

Neste julgado, o STF afirmou que o Ministério Público possui legitimidade processual para exigir em juízo a implementação de políticas públicas na área da saúde, por parte do Poder Executivo. O fundamento constitucional para essa decisão, a nosso ver, reside no art. 196 da Constituição Federal, a qual estabelece que a saúde como dever do Estado é implementada por meio de políticas sociais e econômicas que visam a reduzir o risco de doença.

Vale ressaltar ainda que quando o Poder Judiciário acata um pedido feito pelo Ministério Público no sentido de compelir o Poder Executivo a cumprir uma determinada política pública na área da saúde, desde o fornecimento de um medicamento de alto custo para uma pessoa hipossuficiente até a construção ou reforma de um hospital, não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes. De forma alguma. Nesse caso,

o Ministério Público, que é o Defensor do Povo, como o STF já decidiu, está apenas cumprindo seu relevante papel constitucional de defender os direitos fundamentais.

Assim, entendemos pela análise de todos esses julgados, que o Ministério Público, com a configuração recebida pela Constituição de 1988, tornou-se peça-chave na promoção do direito fundamental à saúde, com a utilização da ação civil pública, não apenas do ponto de vista dos direitos coletivos em sentido amplo, mas sobretudo na defesa da saúde como um direito individual indisponível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir afirmando que houve acerto por parte do Supremo Tribunal Federal em reconhecer, em sede de repercussão geral, a legitimidade ativa do Ministério Público em utilizar a ação civil pública na promoção do direito fundamental à saúde de pessoas individualmente consideradas, em especial, aquelas hipossuficientes, que não possuem recursos financeiros para ingressar em Juízo.

Com o reconhecimento da repercussão geral nessa matéria, teremos o “efeito multiplicador” no STF, no sentido de que os recursos extraordinários com o tema, receberão o mesmo tratamento na Corte, sem a possibilidade de decisões conflitantes, nos termos do art. 102, §3º da CF/88.

Demonstramos que a fundamentação constitucional dessa legitimidade reside no art. 127, caput, da Constituição que estabelece ser atribuição do Ministério Público a defesa dos direitos individuais indisponíveis.

Por sua vez, nas leis orgânicas do Ministério Público e no próprio CPC de 2015, encontramos dispositivos legais que repetem o comando constitucional dando ao Parquet essa mesma legitimidade.

No presente trabalho, concluímos também que o direito fundamental à saúde, que é concebido na CF/88 como um direito social (art. 6º) deve ser concebido também como um direito “híbrido”, que simultaneamente pode ser considerado coletivo e individual. Será considerado coletivo, quando o interesse que estiver em jogo abranger um grupo determinado ou em alguns casos, indeterminado de pessoas, que estejam necessitando da implementação de políticas públicas na área da saúde. Será individual quando o interesse em Juízo estiver relacionado com a demanda de uma única pessoa que necessite, por exemplo, de um medicamento de alto custo ou um tratamento médico não fornecido pela rede pública de saúde e a pessoa não possuir recursos para custeá-lo na rede privada. Em ambos os casos, o Ministério Público possui a legitimidade para ingressar com ação civil pública para a defesa desse direito fundamental.

Outro importante aspecto do direito à saúde foi debatido aqui. Trata-se do reconhecimento do direito fundamental à saúde como um direito auto-aplicável, isto é, que pode ser aplicado diretamente pelo Poder Judiciário ao caso concreto, após este ser provocado, sem a necessidade de existir lei regulamentando a matéria. O fundamento constitucional dessa aplicabilidade encontra-se previsto no art. 5º, §1º, da CF/88.

Finalmente, ao analisarmos a jurisprudência do STF, vimos que em diversos julgados o STF entende que o Ministério Público possui um papel bastante relevante na defesa do direito fundamental à saúde de pessoas individualmente consideradas, inclusive, sendo considerado como o “Defensor do Povo”.

Cabe, portanto, aos Membros do Ministério Público cumprirem esse papel no sentido de se exigir permanentemente a implementação por parte do Poder Executivo das políticas públicas relativas ao direito fundamental à saúde. Somente assim teremos um país com um mínimo de dignidade.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. Editora Jus Podium, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. **Lei Orgânica do Ministério Público Estadual**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. **Lei Orgânica do Ministério Público da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **RE 605.533**. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **ARE 727.864**. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **AI 863852**. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **RE 820910**. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **RE 809018**. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Direito Fundamental à Saúde**: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *In* A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.5, p. 136-145, novembro de 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2010, pg. 89.

PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos**: desafios e perspectivas. *In* Direitos Fundamentais Sociais/ J.J. Gomes Canotilho, Marcus Oriane Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. **A Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil**. *In* A Eficácia dos Direitos Sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA ATRAVÉS DO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DO CASO BACIA DO PARACURI EM ICOARACI-PA

HÉLIO JORGE REGIS ALMEIDA¹

RESUMO

Com o presente trabalho busca-se identificar o posicionamento do Poder Judiciário em relação a efetividade do Direito Fundamental à moradia em um caso posto a sua apreciação. Trata-se do conflito fundiário urbano ocorrido na área denominada bacia do Paracuri situada na localidade de Icoaraci, distrito de Belém do Pará. A demanda revela grande repercussão social vez que diversas famílias foram afetadas pela realização de projeto de urbanização ocorrido entre os anos de 2010 a 2012 obrigando que estas pessoas fossem remanejadas de suas casas. A lide teve origem no fato de a Prefeitura de Belém, quando do remanejamento destes moradores, ter descumprido termo de acordo pactuado com os mesmos, vez que não entregou as unidades habitacionais prometidas bem como não procedeu ao reajuste do pagamento de auxílio moradia. O método adotado na pesquisa foi o empírico valendo-se o autor da técnica análise de processos judiciais. A abordagem realizou a análise da *ratio decidendi* contida na sentença proferida na Ação Civil Pública tendo confrontado seus fundamentos com a melhor doutrina acerca da realização dos Direitos Sociais ante a violação do Direito Fundamental à moradia no caso em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Social. Moradia. Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados da Comissão das Nações Unidas para Assentamentos Humanos apresentados na Agenda HABITAT III², aproximadamente 1,1 bilhão de pessoas vive em condições inadequadas de moradia, somente na área urbana³ no mundo.

O Brasil, país mais populoso da América Latina com cerca de 208 milhões de habitantes, possui 84,4% de sua população vivendo em cidades e não vem gerenciando

¹Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia – UNAMA. Pós Graduado em Direito Público e em Direito Privado pela UNYAHNA IESUS, Salvador-BA. Bacharel em Direito pela UEFS. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Pará.

²A Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III), realizada em Quito, no Equador é uma Agenda Urbana da ONU que orienta a urbanização sustentável pelos próximos 20 anos no mundo.

³Documento de Políticas da Agenda HABITAT III – Políticas Habitacionais. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/Policy-Paper-10-Portugue%CC%82s.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018

adequadamente o seu espaço urbano⁴. Nos últimos anos, as cidades brasileiras se transformaram em locais violentos, inseguros, e marcadas pela extrema desigualdade entre os seus habitantes cujo maior reflexo é a tragédia da questão habitacional no país.

Segundo pesquisa realizada no ano de 2014 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) junto a Fundação João Pinheiro (FJP) o déficit habitacional no Brasil está em torno de 6,4 milhões de moradias⁵. Os dados são preocupantes e revelam o descaso das autoridades pela não efetivação de políticas públicas nesta área.

Para a caracterização do déficit habitacional a metodologia utilizada pela FJP elenca quatro categorias em seu enquadramento:

O déficit habitacional é calculado a partir da soma de quatro componentes: (1º) domicílios precários; (2º) coabitação familiar; (3º) ônus excessivo com aluguel urbano; e (4º) adensamento excessivo de domicílios alugados. Os componentes são calculados de forma sequencial, na qual a verificação de um critério está condicionada à não ocorrência dos critérios anteriores. Essa forma garante que não há dupla contagem de domicílios, exceto pela coexistência de algum dos critérios e uma ou mais famílias conviventes secundárias que desejem constituir novo domicílio.⁶

Esta crise habitacional que assola o Brasil vem se acentuando em virtude de vários fatores destacando-se a péssima distribuição de renda do país, a conjuntura desfavorável na área econômica, a forte especulação imobiliária e principalmente por uma concentração de imóveis ociosos ou até mesmo abandonados em áreas centrais das cidades brasileiras.

Levando-se em conta tais critérios, em nível nacional destaca-se negativamente a Região Metropolitana de Belém do Pará (RMB) com o maior déficit habitacional do país.⁷ Segundo a pesquisa da FJP, para modificar essa realidade seriam necessárias a construção de pelo menos 80 mil unidades habitacionais na RMB.

Dentro do contexto belenense, chama a atenção o fato de moradores da região da bacia do Paracuri, localizado em Icoaraci distrito de Belém do Pará, viveram um drama. A localidade era marcada pelas péssimas condições de habitabilidade de suas casas, as ruas eram alvos de enchentes constantes, as residências eram invadidas pelas águas das chuvas e os moradores ainda precisavam se locomover por cima de pontes improvisadas.

⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEORGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo demográfico 2010. Disponível em: <www.censo2010.ibge.gov.br>. Acessado em: 18 de julho de 2018.

⁵ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações Déficit habitacional municipal no Brasil. / Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações – Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/deficit-habitacional/216-deficit-habitacional-municipal-no-brasil-2010/file>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁶ *Idem*

⁷ *Ibidem*

Tendo em vista a urbanização daquela comunidade – que é sabidamente precária em muitos aspectos – essas famílias tiveram que deixar as suas residências para que ali fossem executadas as obras do Projeto de Urbanização da área do Paracuri, promovido pela Prefeitura Municipal de Belém.

Por conta disso, foi celebrado entre a Prefeitura de Belém e os moradores um termo de acordo no qual a municipalidade se obrigava a entregar unidades habitacionais após a realização das obras, bem como a participação das famílias no programa de auxílio moradia percebendo cada uma o valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) mensais. Ainda consoante o pactuado, tal valor deveria ter sido reajustado ao longo do tempo preservando o seu valor de compra frente a inflação, o que não foi feito.

Dado esse conflito, a Defensoria Pública do Estado do Pará na condição de *custus vulnerabilis* ingressou com Ação Civil Pública⁸ requerendo o imediato reajuste do valor referente ao auxílio moradia por todas as pessoas que celebraram o referido termo de acordo com o Município bem como a efetiva entrega pelo Município de Belém das unidades habitacionais nos termos pactuados.

Como metodologia aplicada dar-se-á a análise do comando sentencial por partes sendo exposto excertos da sentença com a posterior análise. Primeiramente, algumas premissas serão debatidas em relação a fundamentação da eficácia dos direitos sociais.

2 UMA MUDANÇA DE PARADIGMA: DA EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO DIREITO SOCIAL A MORADIA COMO NORMA MERAMENTE PROGRAMÁTICA PARA NORMA DOTADAS DE EFICÁCIA

O ser humano necessita de abrigo e proteção para sobreviver. Segurança, sossego e alimentação, são apenas alguns dos diversos direitos, que para se concretizarem na realidade dependem da efetivação do direito à moradia digna.

O Direito Fundamental à moradia, positivado na Constituição Federal brasileira no *caput* do artigo 6º, é fruto do compromisso prestado pelo Estado brasileiro para com os seus cidadãos e perante outras nações através da ratificação de tratados e convenções internacionais. A busca por efetividade deste direito torna-se urgente para que a razão de ser do ordenamento brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, se concretize.

Afinal, segundo o jurista Loreci Gottschalk Nolasco moradia é:

[...]o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção

⁸ A aludida ação está tombada sob o número 0807130-21.2017.8.14.0301 em trâmite na 5ª Vara da Fazenda Pública dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Capital em face do Município de Belém.

para si e os seus; daí nasce o direito á sua inviolabilidade e á constitucionalidade de sua proteção.⁹

No mesmo sentido a importância de tal direito social é destacado consoante o ensinamento do doutrinador Sérgio Iglesias Nunes de Souza¹⁰:

A questão do lugar para ficar está intimamente ligada aos anseios do ser humano e diretamente relacionada com a sua sobrevivência e com seus direitos à privacidade, ao segredo doméstico, à própria liberdade dentro de um espaço-ainda que limitado- à propriedade privada etc. (SOUZA,2008,p.21)

A dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, matriz axiológica e cláusula geral de tutela da pessoa humana, foi elencado pelo ordenamento jurídico brasileiro como norte a ser perseguido por seus entes estatais. Esta norma princípio é advinda da evolução do gênero humano que por meio de conquistas históricas como a Revolução francesa e a independência dos Estados Unidos da América. Também conhecidos como direitos fundamentais de 2ª dimensão, os direitos sociais são caracterizados pela doutrina jurídica majoritária como aqueles de cunho prestacional do Estado.

Por direitos fundamentais entende-se todos aqueles essenciais á dignidade da pessoa humana devidamente positivados nas Constituições dos países. O direito fundamental a moradia foi inserido no rol de direitos sociais previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 com a entrada em vigor da Emenda Constitucional Nº 26 do ano de 2000, tendo sido acrescidos posteriormente outros direitos sociais :

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a **moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

Como fundamento jurídico para a efetivação dos direitos sociais, tem-se como ponto de partida a importante e conhecida lição do constitucionalista José Afonso da Silva.

Para tal doutrinador as normas constitucionais quanto a sua eficácia e aplicabilidade podem ser classificadas como plena, contida e limitada. Em breve síntese, normas constitucionais de eficácia plena são aquelas de aplicação direta e imediata prescindindo

⁹ NOLASCO, Loreci Gottschalk, Direito fundamental á moradia, São Paulo: Editora Pilares, 2008.

¹⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação – Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

de lei para mediar os seus efeitos, as de eficácia contida são aquelas que produzem efeitos imediatos porém podem ter o seu alcance restringido pela norma .

Já as normas de eficácia limitada são aquelas que só produzem efeito com a edição da lei regulamentadora podendo ser normas constitucionais de princípio institutivo ou programático.

O direito fundamental a moradia é visto como norma programática para a doutrina tradicional pois estabelece programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado ou seja, seria uma mera carta de intenção. Entretanto, como bem afirma Celso Antônio Bandeira de Melo:

Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.

Nessa linha de raciocínio, há de se compreender que não há norma constitucional de valor meramente moral, destituída de imposição, sendo a ausência de ações que visem dar eficácia a essas normas violação a própria Constituição Federal.

Ademais a moderna doutrina capitaneada por Cláudio Ari Mello desenvolveu uma teoria jurídica fundada no direito à cidade, fornecendo o substrato suficiente para resolução de conflitos fundiários urbanos principalmente quando os mesmos desaguardam no Judiciário.

Como dito, a teoria tem como cerne o conceito jurídico do direito à cidade, direito este que englobaria não só o direito à moradia como também mobilidade urbana, saneamento básico dentre outros conexos. Em síntese, consistem em elementos para uma teoria jurídica do direito à cidade e sua respectiva exigibilidade no Poder Judiciário o tripé: natureza jurídica de direito coletivo, conteúdo normativo complexo e por seu conteúdo axiológico.

Desta forma, o direito à cidade não pode ser compreendido como um direito dotado de conteúdo exclusivamente técnico ou instrumental, devendo ser interpretado como o direito a uma “cidade justa” ou, como é mais comum designar, a uma cidade sustentável.

Por “cidade justa” entende-se aquela que visa à promoção da eudaimonia (felicidade, bem estar) dos cidadãos, ou seja, a promoção de uma vida boa em seu sentido mais amplo, englobando a totalidade da vida pública, coletiva e individual da pessoa.

No tocante ao direito à moradia, observa-se que o mesmo é realizado através de políticas públicas. Entretanto, pelo fato de as mesmas serem ineficientes no Brasil aqueles

que tem o seu direito violado vem cada vez mais buscando através do Poder Judiciário soluções para a sua efetivação. Desta forma, vem ocorrendo na atualidade o fenômeno de judicialização dos conflitos fundiários urbanos, o que será debatido no capítulo posterior.

3 DA TENDÊNCIA AO ATIVISMO JUDICIAL

Os conflitos fundiários urbanos vêm encontrando no Poder Judiciário um caminho para a sua pacificação. Este processo vem se dando em virtude das grandes transformações pelas quais vem passando o ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A partir da dita Constituição cidadã surge uma nova ordem social caracterizada pela pluralidade e multifacetada em seus anseios. Desta forma, os conflitos judiciais passam a se tornar cada vez mais complexos exigindo do julgador uma mudança de perfil e de formas de exercer a Jurisdição.

Nesta senda, surge o ativismo judicial, fenômeno cada dia mais crescente no país e que vem exigindo do Estado Juiz, de modo especial da Corte Suprema do Brasil - o Supremo Tribunal Federal (STF) - a se posicionar de maneira pró-ativa, complementando, ou para alguns críticos usurpando, muitas vezes as funções típicas do Poder Legislativo e Executivo.

Assim, nas palavras do constitucionalista e Ministro do STF Luís Roberto Barroso o ativismo judicial vem a ser:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹¹

Para que se reconheça como um direito de eficácia jurídica os direitos sociais são implementados através da execução de políticas públicas, no caso em debate no presente trabalho a promoção da política urbana e habitacional que não fora implementada. Desta maneira outra alternativa não restou a não ser invocar o Poder Judiciário que através da

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 20 jul. 2018.

sua função típica qual seja dizer o direito na resolução de casos concreto vai além e atua como efetivador de políticas públicas. Neste sentido, defende com fortes argumentos a jurista Ana Paula de Barcelos que não há que se falar em usurpação do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, vez que:

(i) o Judiciário foi criado pela própria Constituição do Estado, derivando dela sua autoridade e compondo, juntamente com o Executivo e Legislativo, o Poder Político nacional; (ii) os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade conjunta de Executivo e Legislativo, o que lhes confere considerável grau de representatividade em sua formação; [...] (iv) no que diz respeito à atividade jurisdicional propriamente dita, vale observar que ela se desenvolve sempre, e em qualquer caso, com fundamento e limite na norma jurídica – a Constituição ou a Lei – fruto de uma manifestação majoritária. Junte-se a isso que o Judiciário tem o dever de prestar contas de suas decisões publicamente, motivando-as explícita, racional e logicamente (o que não acontece com as deliberações meramente políticas); [...] (vi) o processo jurisdicional é mais participativo do que qualquer outro processo público, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; e (vii) os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos.¹²

Desta forma, passaremos a analisar a decisão judicial emanada em sede de Ação Civil Pública movida pela Defensoria Pública do Estado do Pará em processo tombado sob o número 0807130-21.2017.8.14.0301 que tramitou na 5ª Vara de Fazenda Pública de Belém do Pará, o denominado caso bacia do Paracuri (Icoaraci-PA).

4 DA ANÁLISE DA SENTENÇA DO CASO PARACURI

Passemos a análise da decisão judicial em debate. Inicialmente, o magistrado destaca a importância da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas:

2.2 – Direito à Moradia e a Execução de Políticas Públicas

A partir dos relatos das partes, infere-se que a questão de fato apresentada diz respeito à execução da política pública relativa ao direito de moradia.

Com efeito, as pessoas representadas pela Defensoria Pública Estadual, neste feito, conformam apenas uma parte do imenso

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 231.

grupo de cidadãos brasileiros desassistidos, no que concerne a alguns direitos sociais básicos, como o de acesso a um sistema educacional qualificado e moderno, o de saneamento básico *e o de ter uma moradia em condições dignas*. Nesse contexto é que estão envolvidas algumas dezenas de famílias do bairro do Paracuri, no Distrito de Icoaraci, em Belém.¹³

Para Felipe de Melo Fonte o conceito de política pública pode ser assim sintetizado:

o conceito aqui proposto de política pública pode ser sintetizado da seguinte maneira: políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública.¹⁴

Ou seja, por políticas públicas entende-se o conjunto de ações e medidas elaboradas pelos governos voltadas para o bem estar da população. Tratam-se de planos e estratégias que visam efetivar também os direitos sociais ou prestacionais dentre eles o direito à moradia.

Em que pese o seu significado polissêmico abrangendo os termos *politics*¹⁵ e *policy*¹⁶ expressões adotadas pelos países de língua inglesa, o termo “política pública” (*public policy*) está vinculado a esse segundo sentido da palavra “política”, pois trata do conteúdo concreto das decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões.

Muitas objeções são feitas pela literatura jurídica ao fato de o Judiciário passar a intervir em Políticas Públicas. O principal argumento consistiria na suposição de que aquele Poder estaria usurpando atribuições inerentes ao Poder Executivo e Legislativo. Entretanto, o que se observa é o fortalecimento de tal tendência nos dias atuais vez que ante a inércia dos gestores públicos, os conflitos fundiários urbanos tem encontrado na judicialização um caminho para a pacificação dos mesmos.

Este raciocínio não merece prosperar pois o mesmo revela um posicionamento limitado do conceito de separação de poderes. Neste sentido, mais consentâneo com os tempos de hoje está o ensinamento de Cláudio Pereira de Souza Neto:

A objeção desconhece que o modelo de separação de poderes adotado no Brasil não é o de atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional a diferentes ramos do Estado.

¹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ. 5ª Vara da Fazenda Pública de Belém. Processo Cível Nº 0807130-21.2017.8.14.0301, Defensoria Pública do Estado do Pará X Município de Belém, 17/04/2017.

¹⁴ FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015, p. 57

¹⁵ Significa a atividade humana ligada à obtenção e manutenção dos recursos necessários para o exercício do poder sobre o homem.

¹⁶ Trata-se de uma dimensão mais concreta da política e que tem relação com orientações para a decisão e ação, denotando a ideia de programas governamentais.

Conforma-se como “sistema de freios e contrapesos”: envolve complexa trama de implicações e de limitações recíprocas e prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro. A concretização de direitos sociais pelo Judiciário, condenando a Administração a prover bens e serviços, insere-se nessa rede de implicações recíprocas. Não é possível, portanto, através da simples referência à separação de poderes, deslegitimar a garantia de direitos sociais pelo Judiciário. Pode-se discutir o grau dessa interferência. Pode-se argumentar que a jurisprudência brasileira “judicializa” excessivamente a política. Essa crítica, contudo, só ganha consistência quando opera com outros elementos, que não simplesmente o princípio da separação de poderes.¹⁷

Continua o magistrado em sede de comando sentencial:

Portanto, a louvável iniciativa derivada de uma política pública voltada a realizar o direito à moradia, até agora, não foi concretizada para os moradores do Paracuri. **Obviamente, não é possível tratar os ajustes que foram pactuados entre a Municipalidade e os moradores do Paracuri como se fossem contratos regidos pelas regras ordinárias do direito civil. Afinal, existem peculiaridades atinentes à Administração Pública, especialmente por causa de restrições orçamentárias [...].** (grifo nosso)

Não constitui surpresa, infelizmente, o atraso na entrega de obras que estão sob a responsabilidade do Poder Público.

No excerto destacado o posicionamento do magistrado pode ser considerado de vanguarda vez que rompe com a visão civilista e patrimonialista, privilegiando um viés publicista. Ou seja, nas relações jurídicas envolvendo o Estado o princípio romano da *pacta sunt servanda*¹⁸ não deve prevalecer pois quando o ente público celebra um acordo, o ônus assumido recai sobre toda a coletividade que o sustenta através dos seus impostos. Assim, verifica-se a preocupação com o impacto orçamentário nas execuções de avenças.

A decisão judicial vai além:

Dado esse contexto, conclui-se que, se por um lado é (quase) razoável acreditar que a demora na entrega dos apartamentos prometidos pela Prefeitura de Belém aos moradores do Paracuri

¹⁷ “A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 520-521.

¹⁸ Os pactos assumidos devem ser respeitados, (tradução nossa).

decorreu de restrições orçamentárias, por outro, é manifestamente inaceitável que o incumprimento do ajuste já perdure, em alguns casos, por mais de sete anos.

O longo tempo decorrido entre as datas dos ajustes pactuados e a propositura da ação e mais os meses que decorreram entre o aforamento do pedido e a prolação desta sentença, sem que o Poder Público tivesse apresentado qualquer perspectiva para uma solução do problema, em curto ou médio prazo, denota um efetivo desprezo do réu com as pessoas que confiaram nas promessas inseridas nos termos de acordo. (grifo nosso)

O descaso da prefeitura municipal de Belém que demorou mais de 7 anos para uma solução ao caso concreto fora considerada uma conduta inadmissível para o magistrado. Isto reforça o entendimento de que o Judiciário ao intervir nas políticas públicas o faz não como maneira de usurpar as funções do Poder Executivo ou Legislativo, mas sim como último bastião de guarda e proteção dos Direitos Fundamentais. Ademais, em que pese a alegação de não possuir legitimidade para intervenção em políticas públicas, o Judiciário tem uma importante missão de proteção a grupos vulneráveis ao adotar um perfil contramajoritário.

Neste sentido, complementa a sentença:

Ao buscar a via judicial, os moradores do Paracuri não apenas almejam a concreção de uma política pública, algo que poderia ser tido como vago e impreciso. O que almejaram é o cumprimento de um acordo que foi formalmente entabulado, um contrato com cláusulas muito bem estipuladas e que, há anos, está inconcluso em relação à sua parte mais importante, qual seja, àquela que trata da entrega dos imóveis.

Enfim, o que almejam, de fato, não é uma intromissão do Poder Judiciário no campo de atuação do Poder Executivo, mas tão-somente que este cumpra o que foi formalmente acordado há anos.

Por fim, determina o magistrado no dispositivo da sentença pela concessão dos pedidos feitos pela Defensoria Pública Estadual, tendo se utilizado da técnica da modulação dos efeitos da decisão judicial¹⁹. Interessante perceber que a utilização desta técnica realizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, por força do ativismo judicial, passa a ser adotada em decisões de primeira instância. Eis a conclusão *in verbis*:

¹⁹ Trata-se de instrumento decisório previsto no artigo 27 da Lei n. 9.868/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Este dispositivo permite o STF restringir os efeitos do acórdão ou decidir que o mesmo só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado

3 - Dispositivo

Consoante os fundamentos precedentes, **julgo o processo com resolução de mérito e (art. procedentes os pedidos apresentados pela demandada 487, I do CPC), reconhecendo o direito daqueles que assinaram contrato com a Prefeitura de Belém de receber, em tempo razoável, os imóveis mencionados nos respectivos acordos.**

Também reconheço o direito ao reajuste do valor do auxílio moradia, igualmente previsto nos referidos contratos.

Embora reconhecido o direito ao adimplemento contratual aos moradores do Paracuri, não será possível ao Poder Judiciário impor o imediato cumprimento da obrigação. Desta forma, será necessário realizar a devida modulação dos efeitos desta decisão, a fim de compatibilizá-la com a ordem jurídica, especialmente em atenção à autonomia e à independência dos poderes republicanos. Como consectário, **determino que a Prefeitura de Belém inclua no orçamento municipal do ano de 2019 e, se necessário, também no orçamento de 2020, sempre em rubrica apropriada, o valor necessário para a conclusão do empreendimento denominado “Projeto de Urbanização do Paracuri”.**

[...]

Belém, 05 Belém, 05 de março de 2018.

RAIMUNDO RODRIGUES SANTANA

Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital. (grifo nosso)

Pode-se perceber a preocupação do magistrado em conciliar os ditames da lei orçamentária do município com o direito fundamental à moradia privilegiando a segurança jurídica das contas públicas sem sacrificar de imediato outros Direitos Fundamentais assegurados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Fundamental à moradia, positivado na Constituição Federal brasileira, é fruto do compromisso prestado pelo Estado brasileiro para com os seus cidadãos e perante outras nações através da ratificação de tratados e convenções internacionais. A busca por efetividade deste direito torna-se urgente para que a razão de ser do ordenamento brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, se concretize. Assim, apesar de o direito à moradia ser uma norma de eficácia programática, é dever estatal proteger e facilitar o seu pleno exercício de forma eficaz.

A análise da sentença relativa ao conflito fundiário urbano discutido no presente artigo permite-nos concluir que o Poder Judiciário no caso concreto deixou de lado a tradição formalista e civilista tendo realizado uma interpretação constitucional material valorativa. Isto vem ratificando a premissa de que os sistemas jurídicos dos Estados constitucionais modernos não devem ser compreendidos como ordens normativas moralmente neutras, mas sim como ordens normativas claramente comprometidas com concepções de justiça.

As funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes são finalidades morais a serem atingidos no desenvolvimento urbano tendo tais premissas guiado a fundamentação da decisão prolatada na sentença sob análise. Assim, conclui-se que na área dos Direitos Fundamentais sociais a aplicação progressiva e coerente das normas constitucionais depende também de uma evolução correspondente a uma mudança de mentalidade dos atores que militam na seara jurídica mais afeta a máxima efetividade.

A sentença prolatada no caso Paracuri representa uma importante contribuição para a compreensão do Direito Fundamental à moradia integrado ao conceito de direito a cidade, na máxima efetivação dos direitos fundamentais e no respeito ao equilíbrio financeiro atuarial das contas públicas. Por fim, esta decisão judicial se converte em importante precedente norteador para a atuação do Poder Judiciário em outros conflitos fundiários urbanos análogos postos a sua apreciação.

REFERÊNCIAS

AGENDA HABITAT III – **United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development**. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/Policy-Paper-10-Portugue%CC%82s.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 231.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 20 jul. 2018.

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

FAINSTEIN, Susan. **The Just City**. Ithaca: Cornell University Press, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Centro de Estatística e Informações Déficit habitacional municipal no Brasil**. Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações – Belo Horizonte, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEORGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo demográfico 2010**. Disponível em: www.censo2010.ibge.gov.br. Acesso em: 18 jul. 2018.

MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. Ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Cláudio Ari Mello; **Elementos para uma teoria jurídica do direito à cidade**. Revista de Direito da Cidade, vol. 09, nº 2, 2017. pp. 437-462

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Editora Pilares, 2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da (2017). **Pesquisas em processos judiciais**. In: Machado, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. Ed. 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação – Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros**. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ. 5ª Vara da Fazenda Pública de Belém. **Processo Cível Nº 0807130-21.2017.8.14.0301**. Defensoria Pública do Estado do Pará X Município de Belém, 17/04/2017.

PATERNIDADE: REPERCUSSÕES DO DNA EXTRAJUDICIAL E O PODER FAMILIAR

ELIÉZER MONTEIRO LOPES¹

RESUMO

O presente trabalho tem o propósito de lançar reflexões sobre o procedimento de realização de exames de DNA extrajudicial à luz do poder familiar, as possíveis repercussões processuais desses exames e a necessidade de seu regramento.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade. Poder Familiar. Exame de DNA Extrajudicial: regramento e repercussões.

1 INTRODUÇÃO

O exame de DNA, por seu elevado grau de certeza, tem se apresentado como prova de imensa relevância na identificação, ou negação, da paternidade biológica.

A quantidade cada vez maior de laboratórios realizando esse exame - somada ao barateamento de seus custos - tem proporcionado procura cada vez maior entre os interessados, com suas esperadas consequências importantes, algumas delas, porém, pouco percebidas. São exatamente estas que nos propomos destacar e analisar.

Hoje, qualquer pai que pretenda submeter seu filho a teste de paternidade, nos inúmeros laboratórios de análises clínicas no Brasil, basta levar esse filho ao local, apenas com sua identidade e certidão de nascimento do filho, pagar pelo exame e receber o resultado daí a alguns dias. Prático e simples.

Procuraremos demonstrar que essa facilidade, em princípio elogiável, traz potencial de enormes prejuízos para os interesses infanto-juvenis, havendo necessidade de urgente aperfeiçoamento nesse procedimento. Por necessário, faremos brevíssima incursão nos temas da filiação e poder familiar.

O Direito de Família é um dos ramos do Direito brasileiro que mais tem apresentado modificações, mercê das mudanças sociais e científicas cada vez mais rápidas e espantosas trazidas por um mundo globalizado e conectado pela rede mundial de computadores.

Como discorreremos sobre o exame de DNA e seus laços com a paternidade, é absolutamente oportuno discorrer, brevemente, sobre o atual significado da paternidade no moderno direito de família no Brasil.

A moldura tingida pelo casamento e retratada pelas figuras do pai, da mãe e dos filhos, cada um com seus papéis e projeções na sociedade - o pai provedor e a mãe dona

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. E-mail: elzlopes@yahoo.com

de casa - representou, por muito tempo, a imagem tradicional e idealizada da família brasileira.

Historicamente, a identificação da paternidade teve gravíssimos entraves, não só pelas dificuldades criadas pela lei, projetada por uma sociedade conservadora, como aqueles decorrentes das deficiências dos meios probatórios então disponíveis.

Não faz muito tempo, lembram os estudiosos, crianças nascidas do adultério eram relegadas ao esquecimento, verdadeiros órfãos de pai vivo. Eram colocadas num caldeirão de discriminações legais e sociais, no meio do qual ainda havia a diferença entre filhos legítimos e legitimados. Havia os incestuosos, naturais e espúrios. Tantas designações para marcar, na sociedade, a rejeição e a discriminação dessas crianças.

A paternidade, - excluídas as hipóteses de adoção, por certo - era associada aos vínculos biológicos e ao casamento. Era pai unicamente aquele que havia concebido um filho, ou era pai aquele que o casamento determinava como tal, em consequência de presunção.

Lembramos, por certo sem saudades, que, na vigência do Código Civil anterior, era proibido o ajuizamento de ação de investigação de paternidade se o apontado pai fosse casado. Um espanto para os dias de hoje.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve radical mudança no tratamento da filiação, ficando expressamente proibida a distinção dos filhos, a qualquer título.

A jurisprudência passou a proibir o desfazimento do assento de nascimento em nome daquele pai que, ciente e voluntariamente, levou a criança e registro, sabendo que não era o pai biológico. Se não foi enganado, se não houve fraude para que tivesse feito a perfilhação, o registro não seria anulado pelo fato de não ser o pai biológico.

Mais próximo, julgados nacionais passaram a emprestar força cada vez maior à paternidade socioafetiva, isto é, à configuração da paternidade demonstrada pelo afeto entre pai e filho, ainda que sem vínculos biológicos.

E a contínua evolução pretoriana brinda-nos com outros recentes julgados, admitindo a convivência da paternidade biológica com a paternidade socioafetiva, havendo entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que não há hierarquia entre essas duas formas de aquisição de paternidade.

Finalmente, chegamos ao momento atual, em que avultam outras decisões permitindo a possibilidade de multiparentalidade, mais de um pai, mais de uma mãe, da convivência entre a paternidade biológica e a socioafetiva.

Pari passu, o progresso científico na seara reprodutiva contribuiu enormemente para essas modificações no Direito de Família, permitindo que a Justiça esclarecesse os casos de paternidade em proporções cada vez maiores.

Não custa lembrar que as ações de investigação de paternidade sempre enfrentaram imensas dificuldades probatórias, decorrentes, em primeiro lugar - e por óbvio - da busca pela privacidade dos contatos sexuais. Depois, pela fragilidade da prova testemunhal, e

mesmo da avaliação das declarações maternas, a depender da qualidade e do tempo de relacionamento do casal. A credibilidade das palavras da mãe também incursionava pelo teste de honradez e honestidade de sua vida pregressa, não raro passando tais ações a investigar, também, a vida da própria mulher.

Mas havia outro grande obstáculo: as ações de investigação de paternidade tinham, como maior suporte técnico-científico, os exames de tipagem sanguínea, que, em verdade, apenas excluía a possibilidade de paternidade, não conseguindo afirmá-la.

Porém, com o advento do exame de DNA (ácido desoxidorribonucleico), e sua aplicação nas causas familiares atinentes à paternidade, houve extraordinário avanço nesse campo probatório, pois esse exame obtém índices impressionantes de vinculação genética, aproximando-se de 100% de certeza da paternidade biológica.

Como seria de esperar, os tribunais do Brasil têm sufragado os resultados dos exames de DNA como prova valiosa para a definição das ações envolvendo a paternidade biológica.

Mais recentemente, os avanços da biotecnologia vieram em socorro daqueles que não podem ou não desejam a concepção natural. Surgiram as técnicas de reprodução assistida (barriga de aluguel), a fecundação artificial homóloga e a fecundação artificial heteróloga, previstas no art. 1597 do Código Civil.

Por meio das técnicas de fecundação artificial homóloga e heteróloga é realizada a concepção *in vitro*, e depois de fecundado, o óvulo é implantado na mulher. Diferem porque, na heteróloga, o material genético pertence ao próprio casal, enquanto na heteróloga a concepção é realizada com o material genético de um doador anônimo.

Essas novas técnicas de reprodução têm trazido novos desafios no campo do Direito e da Ética, citando os doutrinadores os casos dos embriões excedentários e a acirrada questão da fecundação após a morte do genitor, para citar somente alguns de tantos exemplos polêmicos.

Inevitável, essas avançadas técnicas abrem novas discussões no campo da paternidade e da própria maternidade, reforçando aquilo que os estudiosos familiaristas chamam de *desbiologização* da paternidade.

2 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O PODER FAMILIAR

Noutra vertente, é preciso observar a mutação por que passou o poder familiar.

O pátrio poder, originário de uma sociedade centrada no poder masculino, foi evoluindo para sua configuração atual e contemporânea de espaço familiar democrático, em que os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos - mais deveres que direitos, diga-se - são enfeixados pelo casal em igualdade de condições e no fundamental interesse dos filhos

E foi a Constituição Federal de 1998 quem elevou o patamar de proteção da família e dos direitos infanto-juvenis, bastando lembrar as disposições de seu art. 227, que

determina como deveres da família , da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente, ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer , à educação, à cultura, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, protegendo-os da violência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Diferentemente do que supõe o nome, o poder familiar é, na verdade, um feixe de deveres e direitos dos pais em favor dos filhos. E precisamente nessa ordem: antes um dever que um direito.

Não é por outra que, havendo divergências entre os pais a respeito do exercício do poder familiar em relação aos filhos, deve a questão ser levada à Justiça para dirimir o conflito, na perfeita dicção do art. 1.631, PU, do Código de Processo Civil. E, evidente, na solução dessa questão, deve o magistrado auscultar o melhor interesse da criança e do adolescente, dentro dos primados constitucionais de prioridade absoluta e proteção integral de seus direitos.

Impende também incursionar, brevemente, sobre guarda. Um dos tributos do poder familiar, a guarda, pela lei brasileira, admite as modalidades compartilhada e unilateral.

Para os fins do presente estudo, convém analisar os poderes e deveres dos pais no âmbito dessas modalidades.

Antes de mais nada, os pais, casados, em união estável, enfim, convivendo, exercem naturalmente todos os poderes e deveres do poder familiar, dentre os quais se inclui a guarda. Separados, no entanto, surge a necessidade de saber a modalidade de guarda que vigorará.

Convém lembrar que o art. 1. 632 do Código Civil prevê que o término da convivência dos pais não altera as relações deles com os filhos, os quais continuam no pleno exercício do poder familiar.

Na guarda compartilhada, como sugere, há compartilhamento, quer da convivência física, propriamente, quer dos demais poderes-deveres.

Na guarda unilateral, um dos pais exerce a guarda fático-jurídica, e o outro, embora com direito de convivência mais limitado , continua com o direito de supervisionar os interesses dos filhos. Noutras palavras, continua no exercício do poder familiar, embora de modo mais restrito.

Vemos, assim, que, em ambas as modalidades de guarda, os pais continuam no exercício do poder familiar, ainda que de modo mais restrito, no caso da guarda unilateral.

Desse modo, conclui-se, sem qualquer novidade, que toda e qualquer decisão sobre direitos fundamentais do filho, como os direitos à vida, à saúde, e vários outros, como os direitos de personalidade, deverão ser obrigatoriamente compartilhados entre os pais, em atenção aos comandos legais, em obediência aos ditames constitucionais.

Feitas essas rasas ancoragens, adentramos no cerne do questionamento.

3 PROJETOS DE LEI SOBRE O EXAME DE DNA

Muito embora a importância dos resultados dos exames genéticos para os mais variados fins, chega a ser surpreendente que, até o presente momento, não disponha o Brasil de um regramento que discipline sua realização no território nacional, com os necessários cuidados e alcance.

É verdade que já existem algumas leis disciplinando a realização de exames genéticos, mas para finalidades específicas, cumprindo lembrar, neste momento, a Lei 10.317/2001, que alterou a Lei nº 1.060/50, para conceder a gratuidade do exame de DNA aos necessitados.

Temos também a Lei nº 12.654, que altera as Leis nºs 12.037/2009, e 7.210/84 - Lei de Execução Penal, que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal.

Mas não se pode dizer que não há trabalhos nesse sentido, considerando que tramitam vários projetos de lei no Congresso Nacional, cumprindo destacar, para os fins deste estudo, o Projeto de Lei nº 44/2012, que, nos termos de sua ementa:

dispõe sobre condições para a realização e análise de exames genéticos em seres humanos, inclusive a determinação de paternidade, vínculos biológicos e doenças genéticas. Estabelece as condições dos laboratórios, dos responsáveis técnicos e da assinatura de laudos, atestados e resultados de exames. Regula a utilização dos dados genéticos com a finalidade de proceder ao aconselhamento genético. Estabelece a obrigatoriedade do consentimento prévio, livre e informado do periciado ou de seu representante legal, ou autorização judicial para os exames de determinação de vínculo genético.

Esse projeto de lei, contendo apenas oito artigos, além de tornar obrigatória a capacitação dos serviços prestados pelos laboratórios, exige, no art. 7º, o consentimento prévio do periciando e de seu representante legal. É importante a transcrição desse artigo: “Para os exames de determinação de vínculo genético é obrigatório o consentimento prévio, livre e informado do periciando ou de seu representante legal, ou autorização judicial”.

Fica o registro para a discussão que faremos a seguir, ressaltando os avanços que os termos do citado projeto de lei representa para a melhoria e segurança quanto à realização dos exames de DNA no Brasil. Mas poderia ter avançado mais.

4 DISCUSSÃO E CONCLUSÕES

Hoje, no Brasil, os exames de DNA são realizados não somente em processos judiciais para verificação da paternidade ou maternidade biológica. Há projetos de incentivo à filiação promovidos pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública em vários estados do Brasil, em que os interessados se submetem a exames de DNA, e, com resultados positivos, frequentemente acabam por reconhecer a paternidade sem a necessidade de ingresso de ação judicial.

Enfim, esse exame, como vimos, tem enorme importância no desvendamento da filiação biológica e o acesso da população aos laboratórios espalhados pelo Brasil tem sido cada vez maior, quer pelo número cada vez maior de laboratórios que realizam o exame, quer pelo seu barateamento, quer pelo maior conhecimento e acesso da população a esses serviços.

Esse exame, e seus resultados, convenhamos, não são um exame qualquer. Dentre tantas implicações importantes, seus resultados afetam, imediatamente, as relações de parentalidade que dele irradiam, com todas as consequências.

Em que pese a inestimável importância desse exame para os fins de identificar a paternidade biológica, esse exame é realizado pelos laboratórios como mais um exame entre tantos outros exames laboratoriais.

Bem vimos, as normas sobre a realização do exame de DNA são escassas e passam longe de todos os necessários debates acerca de seus resultados e consequências.

O próprio Conselho Federal de Medicina não tem qualquer norma específica a respeito do exame de DNA e nem há lei - bem vimos - estabelecendo normatização mais ampla.

Essas lacunas normativas, como veremos, possibilitam situações gravemente desfavoráveis a crianças e adolescentes.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, é bom dizer, tem afirmado que a paternidade, no caos em que o pai declara a filiação consciente e voluntariamente, e, em muitos casos, sabendo que nunca foi o pai biológico, não deve ser desconstituída.

Assim, não são raros os casos em que o pai, já separado da mulher e antevendo um pedido de pensão alimentícia contra si, e – o que é deveras grave - algumas vezes sem o conhecimento da mãe, leva o filho menor a um laboratório e o submete a exame de DNA. O exame é realizado, ainda que sem o conhecimento ou autorização materna.

Nessas circunstâncias, é possível que esse pai logo dê a notícia ao filho, ou sem os cuidados necessários, ou, de qualquer forma, essa notícia acabe chegando ao filho sem o tratamento adequado.

Evidente que o recebimento dessa notícia pelo filho, nessas circunstâncias, e com o provável afastamento paterno, ou mesmo rejeição expressa, poderá significar enormes impactos psico-emocionais no filho, podendo redundar em sérias consequências para essa criança, com reflexos para toda a vida.

Os estudiosos relatam sentimentos prejudiciais como rejeição, desvalorização, abandono, solidão, insegurança, baixa autoestima, dificuldade de relacionamentos, dentre outros.

Imagine um filho de 10, 12 anos, recebendo do próprio pai a notícia de que ele não é mais... seu pai !?

Essas situações podem ocorrer ocorrem porque, no Brasil, inúmeros laboratórios permitem a realização desses exames com a coleta do material genético apenas do pai e de seu filho, e sem que haja necessidade de autorização da mãe, enfim, do outro genitor.

Para esses laboratórios, basta a autorização de um dos pais. E basta que esse pai apresente seu documento de identidade e a certidão de nascimento do filho.

Pode se cogitar que esse exame se faça apenas com a certidão de nascimento de criança, por exemplo, com um, dois anos de idade, o que poderia, inclusive, gerar dúvida se aquela criança corresponde àquela outra identificada na certidão de nascimento. Isto só para exemplificar a pouca segurança de semelhantes procedimentos.

É possível que o pai, mesmo não tendo a guarda do filho, aproveite o período de visitação/convivência, e acabe submetendo seu filho ao exame. Noutras palavras, o pai submete o filho a exame de DNA sem que a mãe – sua guardiã unilateral - saiba ou tenha dado autorização.

Cuida-se de clara violação ao poder familiar!

Outra grave consequência, pouco notada, é que a realização do exame, nessas condições, pode provocar comportamentos processuais prejudiciais aos menores.

O poder familiar implica exercício simultâneo pelos pais, e um ato dessa envergadura, óbvio questionador da paternidade, necessariamente reclama o consentimento de ambos os pais, ou, em caso de divergência, a busca pela decisão judicial concernente.

Mesmo na hipótese de o pai deter a guarda unilateral, entendemos que não deva, por sua única deliberação, levar o filho a esse tipo de exame, visto que isso implica em discussão sobre a paternidade, indisponível direito de personalidade, que exige a concordância de ambos os pais.

A prática de levar o filho, às escondidas, sem o conhecimento materno, para a realização do exame, exatamente por ferir comandos legais e constitucionais, configura desvirtuamento, abuso do exercício do poder familiar, ato ilícito que não deve receber abrigo judicial.

A preocupação mais se justifica quando passamos a analisar alguns julgados nacionais, onde vamos encontrar precedente, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que admite a realização de exame de DNA levado adiante com a autorização de apenas um dos pais.

Transcrevemos a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. EXAME DE DNA FEITO
POR PAI E FILHO SEM O CONSENTIMENTO DA MÃE.
RESULTADO QUE COMPROVOU SER A CRIANÇA FILHO

DE ALGUÉM QUE NÃO O MARIDO DA REQUERENTE. RESPONSABILIDADE DO LABORATÓRIO AFASTADA. A doutrina distingue duas hipóteses de responsabilização médica: a responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal, e a responsabilidade decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, nesta incluídos os laboratórios. Precedente do STJ: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA SEM O CONSENTIMENTO DA MÃE - GUARDA DE FATO DO MENOR EXERCIDA PELOS SUPOSTOS PAI E AVÓ PATERNA - PRESCINDIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO MATERNA - LAUDO CONCLUSIVO DE INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO ENTRE O MENOR E O SUPOSTO PAI - CONSTRANGIMENTOS ADVINDOS DO RESULTADO - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. A GUARDA FÁTICA DE MENOR É EXPRESSAMENTE RECONHECIDA PELO O ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (ART. 33, § 1º, DA LEI 8069/90), SEGUNDO O QUAL A “GUARDA DESTINA-SE A REGULARIZAR A POSSE DE FATO”. 2. EM EXISTINDO A POSSE DE FATO, AOS REPRESENTANTES DO MENOR É DADA A RESPONSABILIDADE PELA AUTORIZAÇÃO DE SUBMISSÃO DA CRIANÇA AO TESTE DE DNA JUNTAMENTE COM O SUPOSTO PAI, SENDO PRESCINDÍVEL A AUTORIZAÇÃO POR PARTE DA MÃE, QUE NÃO HABITAVA COM A CRIANÇA HÁ MUITOS ANOS. 3. CONCLUINDO O LABORATÓRIO NÃO HAVER VÍNCULO BIOLÓGICO ENTRE A CRIANÇA E AQUELE QUE ATÉ ENTÃO ERA CONSIDERADO O PAI, TODOS OS CONSTRANGIMENTOS ADVINDOS DO RESULTADO SÃO PRÓPRIOS DA RELAÇÃO FAMILIAR, INEXISTINDO RESPONSABILIDADE POR PARTE DA CLÍNICA. 4. AUSENTE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO LABORATÓRIO E OS DANOS MORAIS A QUE TERIA SE SUBMETIDO A AUTORA, IMPROCEDENTE O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. 5. NEGADO PROVIMENTO AO APELO, PARA A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (TJ-DF - AC: 20030910147247 DF, Relator: JJ. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 10/10/2005, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 29/11/2005 Pág. : 412) APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70069371367, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 30/06/2016).

Há outro julgado, do tribunal mineiro, que improveu recurso em ação de danos morais movido pela mãe em desfavor do pai que levou o filho a exame de DNA sem o seu consentimento:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - EXAME DE DNA REALIZADO PELO PAI SEM AUTORIZAÇÃO DA MÃE - AUSÊNCIA DANO MORAL. A existência das condições da ação não decorre de obra do engenho ou da argumentação das partes, mas dos fatos deduzidos em juízo, de onde se afere a correlação entre o direito subjetivo material afirmado e a pretensão de direito material, formando um nexo de ligação entre ambos, legitimador do direito da demanda. A realização de exame de DNA pelo pai sem autorização da mãe que exclua a paternidade não constitui, por si, ato ilícito e ofensivo ao patrimônio imaterial da mãe e do próprio menor, sendo desse último o direito de ter reconhecido o verdadeiro pai. O reconhecimento de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível e conseqüente do princípio da dignidade da pessoa, identificado como direito à identidade pessoal. Hipótese em que se nega provimento ao recurso da sentença que julgou improcedente o pedido de danos morais. (TJMG - Apelação Cível 1.0521.09.094105-0/001, Relator(a): Des.(a) Tiago Pinto , 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/02/2014, publicação da súmula em 10/03/2014)

Essas decisões mais fazem avultar a necessidade de aprofundamento do debate sobre o tema, e, às claras, não se harmonizam com os mandamentos constitucionais e os postulados protetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esses julgados desconsideram que a paternidade é direito de personalidade da criança e do adolescente e se insere no arcabouço de sua dignidade. Mais ainda, essa dignidade é elevada ao alcance constitucional da prioridade absoluta e proteção integral.

Na situação estampada no julgado gaúcho, a guarda fática não afasta os demais poderes e deveres do outro pai. Mais que isso, exige seu pronunciamento quando em questão direitos indisponíveis dos filhos, no alcance da máxima proteção preconizada pela Carta Magna.

São, ambos os pais, os garantes dos direitos fundamentais dos filhos, não cabendo a nenhum deles decidir com exclusividade.

Ainda se não quisermos pautar a discussão no patamar constitucional, basta invocar que o poder familiar, a quando da separação de fato ou jurídica dos pais, continua íntegro, faltante apenas, para um dos pais, exatamente, a convivência física e as decisões do cotidiano que facilitem e realizem o bem-estar do filho, no seu melhor interesse. Logo,

decisões de maior importância sobre a vida do filho, que digam respeito a seus direitos indisponíveis, por evidente, continuam a demandar a autorização de ambos os pais.

Os fundamentos do julgado mineiro, por seu turno, trazem aparente proteção aos direitos infanto-juvenis, explicando o direito de o filho ter direito à identidade biológica do próprio pai. Certo. O problema é que a decisão sobre o exercício desse direito é tomada unilateralmente, o que viola os comandos do poder familiar. Não deve somente um dos pais tomar essa decisão, muito menos sem o conhecimento do outro. Nesse ponto, é evidente a ilicitude do ato.

Depois, esses exames são buscados com o fim claro, e muito mais frequente, de negação da paternidade, e, logo que seus resultados são conhecidos pelos interessados, tem o condão de operar sérias consequências no provável processo judicial.

É situação bem interessante, mas pouco percebida.

Nessas circunstâncias, as ações negatórias de paternidade, com alguma frequência, costumam ter o menor, representado por sua mãe, na situação de revelia, estado de coisas que se prolonga no restante do curso processual.

Conquanto não se operem os efeitos da revelia em razão dos interesses indisponíveis, e deva haver a designação da curadoria especial para a defesa dos interesses do incapaz, essas providências não tem força suficiente para minorar as possíveis sérias consequências advindas do comportamento processual dessas mães.

A propósito, não se pode dizer que a atitude dessas mães é incoerente, porque, procurando entender o mecanismo desse proceder, imaginam que, se o seu namorado, companheiro ou marido não era mesmo o pai biológico, e se ele já tinha o exame negativo em suas mãos, de que adiantaria se expor diante de um juiz e de várias outras pessoas estranhas num processo !?

Desse modo, o menor passa a ter seus direitos seriamente prejudicados pela inércia de sua mãe, que, por sua vez, imagina tratar-se de causa fadada ao fracasso.

Mas, como dissemos alhures, a paternidade tem sido redefinida na lei e na justiça brasileira, esculpindo-se a paternidade socioafetiva no mesmo patamar da paternidade biológica. Avulta, bem vimos, inclusive, a multiparentalidade.

Enfim, certamente por desconhecimento do atual significado de paternidade, da paternidade socioafetiva, da multiparentalidade, num país em que a falta de esclarecimento ainda grassa, a genitora do menor deixa de se fazer presente no processo, desse modo criando gravíssimas dificuldades para realização do exame de DNA judicial, e - tão importante quanto - especialmente, para a verificação da socioafetividade, e, assim, contribuindo esse comportamento para provável desconstituição - talvez indevida - da paternidade no processo.

Assim, entendimentos como os presentes nesses julgados não somente contrariam comandos constitucionais e legais como oportunizam a que as genitoras dessas crianças sejam levadas a crer que a paternidade, ou ausência dela, já esteja definida.

Trazendo à análise o citado projeto de lei que regulamenta os exames de DNA, seu texto atual, como descrito no seu art. 7º, perdeu a oportunidade de obrigar o expreesso consentimento de ambos os pais para sua realização, de modo que seu texto continuará permitindo interpretações como as citadas nos dois julgados.

Essa situação também traz a necessidade de maior e imediata divulgação da socioafetividade na sociedade brasileira, a fim de evitar, minorar essas omissões.

Nesse sentido, veio em boa hora o recente Provimento nº 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça, permitindo o reconhecimento da paternidade e maternidade socioafetiva.

Como vimos, o DNA, na verdade, apesar de sua inestimável importância para o desvendamento da paternidade, ainda é tratado no Brasil como um exame laboratorial qualquer, sem que haja percepção das possíveis gravíssimas implicações éticas, emocionais, psicológicas e até processuais dos seus resultados.

Por todas essas razões, entendemos que a realização de exame de DNA, para aferição biológica da paternidade, somente deve ser realizado com a expressa concordância de ambos os pais, assim sendo respeitados os direitos constitucionais dos filhos menores e o exercício do poder familiar em igualdade de condições entre os pais.

Na concretização desse entendimento, há urgente necessidade de que os órgãos competentes normatizem a questão, adequando a realização do exame de DNA aos princípios constitucionais de prioridade absoluta e proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, sob pena de continuar proporcionando potenciais prejuízos para esses direitos.

REFERÊNCIAS

DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DAMIANI¹, Camila Ceron; COLOSSOJ, Patrícia Manozzo. **A ausência física e afetiva do pai na percepção dos filhos adultos**. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X20150002000, Acesso em: 02. Jun. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. rev. atual. Salvador. Editora JusPodivm, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Cartilha “Regulamentação do exame de DNA no Brasil”**. Novembro, 2008.

EM DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA
FAMILIAR E COMUNITÁRIA:
UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DAS INSPEÇÕES DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARÁ NOS ESPAÇOS DE
ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE BELÉM

IN DEFENSE OF THE FUNDAMENTAL LAW OF
CHILDREN AND ADOLESCENTS TO FAMILY AND
COMMUNITY LIVING: AN ANALYSIS OF THE IMPACTS
OF THE INSPECTIONS OF THE PUBLIC MINISTRY OF
PARÁ IN THE INSTITUTIONAL HOSPITAL SPACES OF
BELÉM

MARIA DO SOCORRO PAMPLONA LOBATO¹

SANDRA LÚCIA SERRA RODRIGUES REIS²

ROMÁRIO EDSON DA SILVA REBELO³

RESUMO

Este trabalho decorre de uma pesquisa documental desenvolvida ao longo de 2016 e 2017 junto ao 1º, 2º e 3º Cargo da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Belém com relação às inspeções dos espaços de acolhimento institucional de crianças e adolescentes realizadas entre os anos de 2013 e 2015, cujo objetivo consistia em verificar, a partir de um raciocínio comparativo, os principais impactos dessa atuação na rede de proteção local. Para tanto, primeiro se fez uma contextualização do tema, o que

¹ Promotora de Justiça, titular do 2º Cargo da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Belém. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Escola Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Pará em parceria com o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Pará. Endereço: Rua Ângelo Custodio, nº 85, Bairro Cidade Velha, CEP: 66023-090, Belém (PA). E-mail funcional: mlobato@mppa.mp.br. Celular/WhatsApp: (91) 98867-0311.

² Assistente Social do Ministério Público do Pará, lotada na Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Belém. Especialista em Terapia de Família pela Universidade Estadual do Pará em parceria com o Hospital de Clínicas Gaspar Viana. Especialista em Acolhimento Institucional e Familiar pela Pontífice Universidade Católica do Paraná. E-mail funcional: serra@mppa.mp.br. Celular/WhatsApp: (91) 99112-3971.

³ Pesquisador em formação. Mestrando em Direito, na Linha de Pesquisa Direitos Humanos e Inclusão Social, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Pós-graduando em Amazônia, História, Espaço e Cultura pelo Departamento de História das Faculdades Integradas Brasil Amazônia. E-mail pessoal: romariorebello@live.mp.br. Celular/WhatsApp: (91) 99266-8818.

exigiu a análise da histórica violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes e da insurgência do novo paradigma centrado no direito fundamental desse segmento à convivência familiar e comunitária. Por fim, com base na Resolução n. 71, de 15 de junho de 2011, do Conselho Nacional do Ministério Público que regulamentou as inspeções, os dados referentes às mudanças envolvendo o serviço de acolhimento para crianças e adolescentes de Belém foram categorizados e tabulados, justamente para se ter uma noção mais ou menos precisa quanto aos seus impactos.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço de acolhimento. Infância e adolescência. Inspeções. CNMP.

ABSTRACT

This work is based on a documentary research developed in 2016 and 2017 with the 1st, 2nd and 3rd Positions of the Office of the Prosecutor of Justice of the Childhood and Youth of Belém in relation to the inspections of the institutional reception spaces of children and adolescents carried out between the years of 2013 and 2015, whose objective was to verify, from a comparative reasoning, the main impacts of this action in the local protection network. For that, a contextualization of the theme was first made, which required the analysis of the historical violation of the human rights of children and adolescents and the insurgency of the new paradigm centered on the fundamental right of this segment to family and community coexistence. Finally, based on Resolution n. 71, dated June 15, 2011, of the National Public Prosecutor's Council that regulated the inspections, the data regarding the changes involving the childcare service for children and adolescents of Belém were categorized and tabulated, precisely to have a more or less impact.

KEYWORDS: Host services. Childhood and adolescence. Inspections. CNMP.

1 INTRODUÇÃO

O interesse pelo tema está relacionado ao trabalho que vem sendo desenvolvido ao longo de quase duas décadas na realização das inspeções, pelo 1º, 2º e 3º Cargo da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude (PJIJ) de Belém⁴, nos espaços de acolhimento institucional de crianças e adolescentes.

Dentro deste contexto, entre os meses de outubro de 2004 e fevereiro de 2005 – período em que a questão vinha ganhando destaque a nível nacional, inclusive, com a

⁴ Registre-se, desde já, os agradecimentos aos Promotores de Justiça Maurício de Almeida Figueiredo Guerreiro e José Maria Costa Lima Júnior, titulares, respectivamente, do 1º e 3º Cargo da PJIJ, e bem assim, às equipes de ambos os gabinetes, pela contribuição à pesquisa, que, inicialmente, foi apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Acolhimento Institucional e Familiar da Pontífice Universidade Católica do Paraná.

discussão e elaboração do *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária* – houve a participação no I Curso de Atualização intitulado “Abrigo: Proteção e/ou Punição”, organizado pelo Fundo das Nações Unidas (UNICEF), Universidade da Amazônia (UNAMA), Instituto para o Desenvolvimento da Amazônia (IDESA) e Centro de Serviço à Família (CSF Membira), do qual participaram 52 profissionais da rede de proteção local⁵.

A finalização do curso teve como um dos seus mais importantes resultados a criação do Grupo de Trabalho Metropolitano (GTM) em prol do direito fundamental à convivência familiar e comunitária das crianças e dos adolescentes acolhidos institucionalmente, ainda em fevereiro de 2005, com o objetivo de “articular os profissionais envolvidos na área da convivência familiar e comunitária para discutirem e promoverem ações na promoção da reinserção familiar e comunitária das crianças e adolescentes institucionalizados”, cujas atividades encerraram em 2008 – período em que, a nível nacional, já se discutia acerca das *Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes* – com a definição de uma agenda a ser promovida por toda a rede de proteção local.

Não ignorando todo esse movimento, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução 71, de 15 de junho de 2011, regulamentando as então inspeções que já vinham sendo realizadas, fazendo do Ministério Público um verdadeiro observatório para o monitoramento dos serviços de acolhimento para crianças e adolescentes, cujo objetivo era uniformizar, em caráter nacional, as fiscalizações nos espaços de acolhimento institucional.

Desde então, as inspeções vêm sendo realizadas com um caráter que vai muito além da coleta de informações e se propõe a atuar efetivamente na promoção de mudanças nos serviços de acolhimento para crianças e adolescentes e assim garantir a esse segmento, excepcionalmente afastado do convívio com suas famílias, tenha garantido os seus direitos humanos.

A cada nova inspeção, tinha-se contanto com as mais variadas demandas dos agentes institucionais e sociais envolvidos – crianças, adolescentes, técnicos, apoios, gerentes, coordenadores, educadores e cuidadores – o que exigia uma postura, não só de intervenção, mas também de escuta, cada vez mais articulada e humanizada por parte do 1º, 2º e 3º Cargo da PJIJ de Belém.

Este trabalho, portanto, decorre de uma pesquisa documental desenvolvida ao longo de 2017 junto ao 1º, 2º e 3º Cargo da PJIJ de Belém com relação às inspeções dos espaços de acolhimento institucional de crianças e adolescentes realizadas entre os anos de 2013 e 2015, extremamente necessária, justamente, para verificar, a partir de um raciocínio comparativo, os principais impactos dessa atuação na rede de proteção local. Para tanto, primeiro se fez uma contextualização do tema, o que exigiu a análise da

⁵ Entre eles, Conselheiros Tutelares, técnicos da 1ª Vara da Infância e da Juventude (VIJ) de Belém, técnicos e Promotores de Justiça da PJIJ de Belém, gerentes e técnicos dos espaços de acolhimento institucional, tanto governamentais quanto não-governamentais.

histórica violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes e da insurgência do novo paradigma centrado no direito fundamental desse segmento à convivência familiar e comunitária. Por fim, com base na já citada Resolução n. 71 do CNMP, os dados referentes às mudanças envolvendo o serviço de acolhimento para crianças e adolescentes de Belém foram categorizados e tabulados, justamente para se ter uma noção mais ou menos precisa quanto aos seus impactos.

A pesquisa documental consistiu: (i) no levantamento dos relatórios de inspeção e procedimentos administrativos e judiciais instaurados pelo 1º, 2º e 3º Cargo da PJIJ de Belém, no período de 2013 a 2015; (ii) na identificação das condições de funcionamento constatadas, em especial as inadequações, a partir dos parâmetros das *Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento par Crianças e Adolescentes*, e as providências adotadas; e (iii) no mapeamento as possíveis mudanças ocorridas a partir de cada inspeção – anual e periódicas – nesse mesmo período⁶.

2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

É muito comum acreditar que a institucionalização de crianças e adolescentes envolve um segmento homogêneo, seja em espaços de acolhimento institucional, seja em famílias acolhedoras, como fez a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, ao substituir a antiga medida protetiva de abrigamento, então trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por essas duas novas modalidades de institucionalização. É um equívoco talvez provocado pela simples leitura da legislação, inclusive, daquelas mais técnicas, que, embora ciente de algumas especificidades, ainda insiste em levar em consideração apenas diferenças quanto à faixa etária e sexo.

Historicamente, contudo, a institucionalização de crianças e adolescentes sempre apresentou diferenças com relação às disposições do espaço e às regras de entrada, permanência e saída em função de marcadores sociais – isolada ou conjuntamente considerados – de classe, etnia, raça, gênero, origem, situação de rua e deficiência. Era o caso, por exemplo, dos internatos para os filhos das classes mais abastadas, que Rizzini e Rizzini (2004) dizem que foram comuns até a metade do século XX, das colônias agrícolas para os meninos negros nascidos libertos e entregues ao governo⁷, dos educandários para o “resgate” de meninas indígenas⁸, e das alas em hospitais psiquiátricos para crianças e

⁶ Não houve dificuldades no acesso à documentação pesquisada por se encontrar disponível e atualizada nos arquivos *online* da PJIJ de Belém, além dos registros físicos mantidos nos gabinetes dos 1º, 2º e 3º Cargo.

⁷ Rizzini e Rizzini (2004) levantaram registros históricos que indicam que, com a Lei do Ventre Livre de 1871, apenas 113 filhos de mulheres escravizadas haviam sido entregues ao governo até 1885.

⁸ “No Pará, o bispo D. Manoel de Almeida Carvalho instalou, em 1804, na Casa de Caridade, 15 meninas indígenas, que trouxera de sua viagem ao interior com o intuito de educá-las. [...] Assim, no mesmo ano, tratou-se de transferi-las para outra habitação. Com o tempo, a instituição dedicou-se ao recolhimento e educação de meninas pobres, afastando-se de sua finalidade original [...] o governo do Pará assumiu a sua administração e manutenção em 1838” (RIZZINI; RIZZINI, 2004).

adolescentes com deficiência mental⁹.

Compreender que a institucionalização de crianças e adolescentes envolve um segmento heterogêneo é o primeiro passo para se ter uma noção de todos os problemas sociais, ou pelo menos de partes deles, que acabam levando determinadas crianças e adolescentes para dentro de espaços de acolhimento institucional ou de uma família acolhedora. Desigualdade entre classes, etnocídio, racismo, sexismo, xenofobismo, violências e barreiras atitudinais também têm impactos sobre crianças e adolescentes, explicando o porquê a institucionalização é um fantasma que assombra a infância e a adolescência do Brasil desde as rodas de expostos das Santas Casas de Misericórdia instaladas durante a colonização, e que, apesar de toda propaganda com relação à prevalência da convivência familiar e comunitária dos últimos anos, continua a lotar espaços de acolhimento.

2.1 Uma história de violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes

O afastamento, inclusive, forçado de crianças e adolescentes de suas famílias de origem ou afinidade no Brasil remonta, pelo menos, de duas práticas vindas da Europa: (i) o recrutamento pela Coroa portuguesa de meninos para o trabalho em embarcações, principalmente com a expansão marítima; e (ii) a roda de expostos instaladas e mantidas pelas Santas Casas de Misericórdia na metrópole portuguesa e em algumas de suas colônias.

Na primeira, os meninos, em geral, entre 9 a 16 anos, eram oferecidos pelas próprias famílias à Coroa portuguesa para servirem como grumetes (marinheiros) ou *pajens* (camareiros) nas embarcações que navegavam rumo às Índias, no Oriente, e à Ilha Vera Cruz, no Novo Mundo¹⁰. Oferecidos porque o recrutamento significava uma melhora econômica da família, já que o soldo costumava a ser pago para os pais ou responsáveis dos jovens grumetes ou *pajens*. Contudo, na época, foi muito comum o afastamento forçado de meninos das suas famílias, principalmente entre as classes mais pauperizadas e, sobretudo, judias, alvo de toda uma política segregacionista da Coroa portuguesa¹¹.

⁹ “[...] em 1903 Juliano Moreira e Fernandes Figueira inauguraram um pavilhão anexo ao Hospital Psiquiátrico da Praia Vermelha, destinado às crianças portadoras de enfermidades mentais, as quais, até então, compartilhavam o mesmo espaço dos adultos. Em São Paulo, o primeiro pavilhão infantil foi criado em 1921, por Franco da Rocha, no Hospital do Juqueri, e dirigido por Vicente Batista. [...] com a criação do Pavilhão Bournville, em 1903, anexo ao Hospício da Praia Vermelha, [...] as crianças passaram a receber também orientação pedagógica. No pavilhão infantil criado por Franco da Rocha no Juqueri foi também criada uma escola, sob orientação do professor primário Norberto Souza Pinto, em 1929” (RIBEIRO, 2006).

¹⁰ Numa nau portuguesa, a “população comporta então pelos grumetes girava em torno de 18% do total dos tripulantes. Assim, numa nau composta por 150 tripulantes – média de homens empregados nas naus portuguesas do século XVI – pelo menos 27 crianças estariam servindo como grumete, número que comprova a importância infantil na aventura transoceânica” (RAMOS, 2013).

¹¹ As pesquisas historiográficas de Ramos (2013) sobre os grumetes e os *pajens* mostram que o regime de trabalho foi extremamente perigoso, exaustivo e pesado. Mostram também a série de violências físicas e sexuais que sofreram por parte dos adultos, e ainda, as mortes em decorrência tanto da empobrecida alimentação com

Já na segunda prática, que, na verdade, tem origem em Roma, no final da Idade Média, foi desenvolvida sob a justificativa de evitar que bebês abandonados fossem mortos por animais ou pelo clima frio nas ruas, portas das Igrejas e de casas de “boa família”. Para isso, criou-se um mecanismo de abandono “seguro” e que ainda preservasse o sigilo da pessoa, justamente, para evitar novas mortes. O mecanismo construído nos muros das Santas Casas de Misericórdia consistia num cilindro giratório – chamada de roda de expostos – no qual se poderia, pelo lado de fora, colocar o bebê, onde estaria aquecido e livre dos animais famintos da rua e girá-lo para que, do lado de dentro, fosse resgatada. Não demorou muito para as rodas de expostos se popularizassem por todo o leste europeu, inclusive, na península ibérica.

A pedido dos governadores das principais províncias do Brasil¹², a Coroa portuguesa expediu uma série de decretos determinando às Câmaras locais que auxiliassem financeiramente as Santas Casas de Misericórdia já instaladas na colônia para instituir as rodas de expostos. A primeira a ser instituída foi no século XVIII na Santa Casa de Misericórdia de Salvador, depois, foram instituídas mais onze. As últimas rodas de expostos do Brasil só fecharam na década de 1950, já no período republicano. Uma prática que, portanto, perdurou por mais de dois séculos no país¹³.

Mas a institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil não se resumiu a essas práticas importadas da Europa. A partir do final do século XIX, ainda em pleno império, o Brasil passou a adotar inúmeras formas de institucionalização de crianças e adolescentes. Teve-se também, como já visto, os internatos para os filhos das classes mais abastadas, as colônias agrícolas para os negros nascidos libertos e entregues ao governo, dos educandários para o “resgate” de meninas indígenas – com destaque ao Colégio Nossa Senhora do Amparo, hoje, Colégio Gentil Bittencourt, em Belém – e das alas em hospitais psiquiátricos para crianças e adolescentes com deficiência mental. Em seguida, passou-se às cassas de correção para os adolescentes em conflito com a lei, iniciando aí todo o movimento segregatório do “menor”, que vai justamente desembocar nas leis da década 1920 – em especial, o Código de Mello Mattos de 1927 – lidando com esse “menor”, agora relacionado ao abandono e à delinquência.

base em biscoitos e carne de salmoura em pleno desenvolvimento, quanto dos naufrágios, nos quais sempre eram os últimos a merecerem algum tipo de preocupação. Além de tudo isso, mostram que foram vendidos ou mesmo escravizados, inclusive sexualmente, pelos piratas que atacavam, com certa frequência, as embarcações portuguesas.

¹² De muitos registros, destaca-se o do Governador da Província de São Paulo de 1803, Antonio Joze da Franca e Horta, no qual ele clama ao Vice-Rei a criação de uma roda de exposto na capital da província sob o argumento de que “são muito os infelizes [sic], e muitos os q. na Cidade de Sam Paulo, e em Santos se encontrarão dislacerados por Animaes, quando de noite expostos sem Cautelas nas Portarias das Commonidades, outros semi vivos em desamparo na rua, e só remidos por alguma mão benéfica q. os encontra” (MACILIO, 1997).

¹³ Semelhantemente às casas de expostos de Portugal, as do Brasil contava com o apoio das amas de leite, geralmente, mulheres escravizadas alugadas ou mulheres pobres, que ficavam com os bebês até os 3 ou 7 anos. Depois disso, separava-se segundo o sexo. As meninas eram confinadas e de lá saíam por volta dos 14 anos para se casar com pretendentes aprovados pelas Santas Casas de Misericórdia, e os meninos enviados para as Companhias de Aprendizes da Marinha, para servirem como grumetes ou *pajens*. Mas muitos foram jogados na rua, dando início à histórica situação de rua da infância nos principais centros urbanos do país.

Daí em diante, principalmente a partir do governo de Getúlio Vargas, a institucionalização de crianças e adolescentes deixa de ser tratada sob à luz (ou escuridão) da caridade e passa para a filantropia. Cria-se o Serviço de Atendimento ao Menor (SAM), responsável por uma política higienista de institucionalização do segmento pobre dos centros urbanos, perdurando até a ascensão do regime militar, quando é criada a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), e consequentemente, as Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (FEBEMs) junto a uma rede de entidades de internatos para crianças e adolescentes de famílias pobres, então consideradas incapazes para criarem os próprios filhos, anunciando o Código de Menores de 1979, pautado na Doutrina da Situação Irregular¹⁴.

Contudo, o novo panorama político que se descortinava – a redemocratização do país – com forte atuação dos movimentos sociais – com destaque ao *Movimento dos Meninos e Meninas de Rua* – e intensos debates a respeito dos direitos da criança e do adolescente, a FUNABEM reformula suas diretrizes, transformando-se, no final da década de 1980, no Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência (CBIA), cujo objetivo era apoiar a implantação da nova legislação, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, o ECA.

2.2 Um novo paradigma: o direito fundamental à convivência familiar e comunitária

Instituído em 13 de julho de 1989, o ECA é resultado de uma longa luta social pela mudança de concepção em relação à criança e ao adolescente, que deixam de ser vistos como objetos e são reconhecidos como sujeito de direitos, o que leva a mudanças significativas na condução de políticas públicas. O ECA regulamenta os artigos 227 e 228 da Constituição brasileira de 1988, que definem os direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil a partir da Doutrina da Proteção Integral¹⁵.

Aqui cabe analisar o ECA sob o ponto de vista da institucionalização de crianças e adolescentes. A nova terminologia, e fundamento como medida de proteção para essa prática, foi a de “abrigo”, baseado em uma lógica protetiva, provisória e excepcional, sem comprometer os vínculos familiares. Ou seja, “dentre muitas outras mudanças instituídas tem por objetivo romper com práticas enraizadas, e garantir a preservação dos vínculos da criança com sua família e comunidade como um direito seu” (RIZZINI; RIZZINI, 2004).

¹⁴ A Doutrina da Situação Irregular, embora tenha substituído o estado de abandono e delinquência então considerado pelo Código de Mello Matos, baseava-se nessas mesmas categorias, agora não adjetivados, mas sim ocorridas. Para uma leitura mais aprofundada sobre o assunto, vide: RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil: revisitando a história (1822-2000)*. Brasília: UNICEF, 2000.

¹⁵ É um paradigma, cujas origens jurídicas remontam da Declaração dos Direitos da Criança de Genebra de 1924, promovida pela extinta Liga das Nações, responsável por elevar as crianças e os adolescentes à condição de sujeitos de direitos, que, de acordo com Amim (2014), é um sistema de normas próprias na medida em que constitui um conjunto de princípios e regras que orientam a criação e a interpretação do Direito da Criança e do Adolescente. Sobre uma análise crítica e descolonizada da Doutrina da Proteção Integral, vide: REBELO, Romário; RAIOL, Raimundo. Além da Doutrina da Proteção Integral: rumo às perspectivas indígenas de infância. *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 39-57, jan./jun., 2017.

Contudo, não foi isso que se viu na prática. Em 2004, a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) ao investigar a situação de 584 abrigos para crianças e adolescentes em todo o Brasil, identificou um elevado número de crianças e adolescentes vivendo em espaços de acolhimento sem possibilidades de reintegração familiar ou colocação em família substituta. Um claro flagrante da lacuna existente entre a previsão legal e a realidade dos serviços de acolhimento¹⁶.

Desde então, debates sobre o direito fundamental dessas crianças e adolescente à convivência familiar e comunitária passa a ser levado mais a sério. Começa um debate teórico interdisciplinar entre o Poder Público e a sociedade civil organizada a nível nacional sobre essa questão, que resultará no ano de 2006, depois de consultas públicas em várias cidades do país, no *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária* escrito e aprovado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) em parceria com o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)¹⁷, o que vai se alinhar à Política Nacional de Assistência Social aprovada no mesmo ano, pautado na “matricialidade sociofamiliar”¹⁸.

Para dar operacionalidade ao *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, o CONANDA e o CNAS mais uma vez em parceria, aprovam as *Orientações Técnicas: Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes* em 2009, trazendo a necessidade de redimensionamento dos espaços físicos, das equipes técnicas e de educadores, da metodologia de trabalho e intervenção – com destaque ao Estudo Diagnóstico, o Plano Individual e Familiar de Atendimento e o Plano Político Pedagógico – e do número de 20 vagas por abrigos como ideal.

A já citada Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, equivocadamente chamada de Lei da Adoção¹⁹ reformou o ECA seguindo as novas diretrizes quanto à institucionalização de crianças e adolescentes, substituindo o “abrigo” por espaço de acolhimento institucional e familiar, que, como visto, vai muito além de uma simples mudança de nomenclatura.

¹⁶ Para Cavalcante (2008), o objetivo do estudo foi levantar dados atualizados para subsidiar o processo de reordenamento dos abrigos nos municípios e evitar medidas que pudessem estar contribuindo para a segregação, o confinamento e a ruptura dos vínculos familiares.

¹⁷ O *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária* foi considerado um marco no mundo todo, o Brasil é convidado pelas Nações Unidas a encabeçar o mesmo debate internacional, apresentando em 2007 ao Comitê dos Direitos da Criança o *Projeto de Diretrizes das Nações Unidas sobre Emprego e Condições Adequadas de Cuidados Alternativos com Crianças*, tornando-se a referência para os países membros.

¹⁸ Eixo para o funcionamento dos serviços socioassistenciais do Sistema Único da Assistência Social (SUAS), que parte do “pressuposto de que para a família prevenir, proteger, promover e incluir seus membros é necessário, em primeiro lugar, garantir condições de sustentabilidade para tal” (MDS/CNAS, 2004).

¹⁹ Equivocadamente porque essa lei segue a lógica de só priorizar a adoção depois das frustradas tentativas de reintegração à familiar de origem.

3 AS INSPEÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARÁ NOS ESPAÇOS DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE BELÉM

3.1 O Ministério Público como um observatório de direitos: do eca à resolução n. 71 do CNMP

O artigo 95 do ECA já atribuía ao Ministério Público, enquanto componente da rede de proteção local, o dever de fiscalizar o serviço de acolhimento de crianças e adolescentes.

Seguindo esse direcionamento e todo o cenário criado a partir dos debates que desembocaram no *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária* e nas *Orientações Técnicas: Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes*, o CNMP editada a Resolução n. 71, de 15 de junho de 2011, dispondo sobre a atuação dos membros do Ministério Público com atribuição na área não infracional da infância e da juventude, quanto à garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, através de inspeções anuais e periódicas (quadrimestrais) nos espaços de acolhimento institucional e programas de acolhimento familiar mantidos nas redes de proteção local.

A Resolução n. 71 do CNMP foi a contribuição do Ministério Público à questão, e, em 2012, é inserida como parte da Estratégia Nacional de Promoção de Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes, da qual participam inúmeros agentes institucionais e sociais das três esferas, que “objetiva a redução dos índices de institucionalização, o reordenamento e monitoramento dos serviços de acolhimento, o estímulo à elaboração de projetos políticos pedagógicos e de planos individuais de atendimento, bem como o fortalecimento da autonomia dos adolescentes mediante em programas de educação tecnológica e profissional” (CNMP, 2013).

Desta forma o CNMP regulamenta, em caráter nacional, a realização de inspeções em todos os serviços de acolhimento no país:

documentadas em relatórios, com vistas à obtenção de informações [...] diversas, desde a condição das instalações físicas, adequação dos serviços de acolhimento às diretrizes do Estatuto e às Orientações Técnicas [...].

Seguindo a orientação nacional, o Ministério Público do Pará, através do 1º, 2º e 3º Cargo da PJIJ, desde 2012, vem realizando as inspeções anuais e periódicas nos espaços de acolhimento institucional com vistas ao monitoramento e correção das distorções identificadas.

3.2 Um comparação entre o estado de coisas anterior e o atual: a rede de proteção local

A análise proposta se restringe aos espaços de acolhimento institucional pertinentes à área de atuação da PJIJ de Belém inspecionados entre os anos de 2013 a 2015. Neste período a configuração dos serviços de acolhimento passou por mudanças significativas, em especial, aqueles sob a gestão municipal, na tentativa de adequação ao redimensionamento previsto no *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária* e nas *Orientações Técnicas: Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes*.

As inspeções realizadas nos espaços de acolhimento institucional são de competência da área não-infracional, conforme dispõe a Resolução n. 71 do CNMP. Desse modo, organizou-se um cronograma de visitas a partir de uma divisão e definição dos espaços de acolhimento institucional que ficariam sob a responsabilidade de cada um dos três Cargos da PJIJ de Belém, que os inspecionam e acompanham regularmente sempre os mesmos espaços, tomando uma série de medidas extrajudiciais ou judiciais²⁰.

No ano de 2013, tinha-se o seguinte quadro:

²⁰ Quanto à assessoria técnica prevista na Resolução n. 71 do CNMP, nos últimos cinco anos tem sido prestada basicamente pelo profissional de Serviço Social, considerando o número de profissionais que compõe a equipe técnica da PJIJ e as demais inspeções realizadas no âmbito da PJIJ, como casas de internação para adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, Conselhos Tutelares, Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), escolas, dentre outros. Os relatórios e providências tomadas são encaminhadas até o quinto dia útil do mês subsequente às inspeções e encaminhado por meio eletrônico à Corregedoria do Ministério Público do Pará, que, por conseguinte, as envia por meio eletrônico ao CNMP.

Tabela 1: Espaços de acolhimento institucional de Belém, 2013.

Espaço de acolhimento institucional	Perfil do público alvo	Vagas	Gestão e Manutenção	PJIJ responsável
Espaço de Acolhimento Provisório Infantil (EAPI)	Crianças de ambos os sexos, de 0 a 6 anos	50 vagas, com histórico de superlotação constante	Estado do Pará (SEASTER*)	2º Cargo da PJIJ
Casa de Passagem	Crianças e adolescentes de ambos os sexos, de 7 a 18 anos	20 vagas, com histórico de curta permanência por funcionar como “Porta de Entrada” para outros espaços de acolhimento	Município de Belém (FUNPAPA*)	3º Cargo da PJIJ
Abrigo Masculino Euclides Coelho Filho	Crianças do sexo masculino, de 7 a 12 anos	20 vagas, com histórico de permanência intermediária	Município de Belém (FUNPAPA)	2º Cargo da PJIJ
Abrigo Feminino Dulce Accioli	Adolescentes do sexo feminino, de 12 a 18 anos, e seus eventuais filhos	20 vagas, com histórico de permanência e fuga	Município de Belém (FUNPAPA)	3º Cargo da PJIJ
Abrigo Masculino Ronaldo Araújo	Adolescentes do sexo masculino, de 12 a 18 anos	20 vagas, sem maiores informações	Município de Belém (FUNPAPA)	PJIJ do Distrito de Icoaraci
Abrigo Especial Calabriano, também conhecido como Espaço de Acolhimento Provisório Especial (EAPE)	Crianças, adolescentes e adultos de ambos os sexos com deficiências neurológicas e afins com considerável comprometimento da autonomia	35 vagas, com histórico de superlotação e longa permanência	ONG (Organização Social Pobres Servos da Divina Providência) conveniado com o Estado do Pará (SEASTER)	2º Cargo da PJIJ
Abrigo Raio de Luz, também conhecido como Centro de Valorização da Criança (CVC)	Adolescentes do sexo feminino, de 7 a 18 anos, em geral, vítimas de violência sexual	Sem vagas definidas, com histórico de longa permanência	ONG (homônima)	1º Cargo da PJIJ
Casa-Lar Cordeirinhos de Deus	Crianças e adolescentes do sexo feminino, de 7 a 15 anos	Sem vagas definidas, com histórico de longa permanência	ONG (homônima)	1º Cargo da PJIJ
Abrigo Tia Socorro	Crianças e adolescentes de ambos os sexos, de 0 a 18 anos	Sem vagas definidas, com histórico de longa permanência	ONG (homônima)	1º Cargo da PJIJ

*Secretaria de Estado de Assistência Social, Trabalho, Emprego e Renda, responsável pela gestão estadual da Política de Assistência Social.

****Fundação Papa João XXIII, responsável pela gestão municipal da Política de Assistência Social.**

De maneira geral, constatou-se através das inspeções anual e periódicas (quadrimestrais) realizadas no ano de 2013:

Tabela 2: Problemas gerais detectados nos espaços de acolhimento institucional de Belém, 2013.

Problemas	Descrição
Desarticulação da rede de proteção local	A rede de proteção local, em especial, o serviço de acolhimento de crianças e adolescentes, funcionava de forma totalmente desarticulada e departamentalizada entre as três esferas de gestão (estadual, municipal e não governamental), com exceção apenas do diálogo ainda recente, iniciado entre a gestão estadual e municipal, com relação à municipalização do serviço de acolhimento de crianças de 0 a 6 anos.
Perfil do público alvo	Os espaços de acolhimento institucional sob a gestão municipal, em sua maioria, ainda adotavam critérios de atendimento direcionado para um único sexo e faixa etária muito estreita, ensejando constantes transferências entre os espaços.
Convênios	A falta de recursos financeiros regulares na manutenção dos espaços de acolhimento institucional sob a gestão não-governamentais se agrava ainda mais diante da recusa da gestão municipal de firmar convênios para financiá-los, sob alegação de falta de previsão orçamentária, e ainda, pela inobservância ao número de profissionais que deveriam compor as respectivas equipes técnicas* e de educadores, além da precariedade quanto à estrutura física na maioria dos espaços.
Reintegração familiar	A provisoriidade da medida de proteção e o exitoso retorno ao convívio familiar era bem mais comum entre os espaços de acolhimento institucional sob a gestão municipal, que começavam a desenvolver um intenso trabalho neste sentido, justamente porque contavam com um maior suporte na área de recursos humanos em detrimento daqueles sob a gestão não-governamental, onde o tempo de permanência costumava extrapolar em muito o previsto no ECA**.
Projetos Político-Pedagógicos (PPP)	Os Projetos Políticos Pedagógicos sempre estavam “em construção”, o que, dentre outras coisas, prejudicava a política de qualificação continuada.

*No caso das não-governamentais identificou-se apenas presença do profissional de Serviço Social com certa regularidade e alta rotatividade dos demais profissionais de nível superior, sempre com caráter voluntário.

** À época, de 2 anos. Atualmente, o acolhimento institucional não deverá exceder 18 meses, observado o caso concreto e a devida fundamentação da autoridade judicial, conforme redação do artigo § 2º do artigo 19 do ECA, dado pela Lei n. 13.509, de 22 novembro de 2017.

Mais especificamente, por meio dessas inspeções realizadas em 2013, constatou-se o seguinte:

Tabela 3: Problemas de cada espaço de acolhimento institucional de Belém e a atuação da PJIJ, 2013.

Espaço de Acolhimento Institucional	Problemas e intervenções
EAPI	Contava com um número de acolhidos acima do número máximo previsto pela legislação, reduzido número de educadores comprometendo o cuidado direto dos acolhidos (banho, alimentação, etc.), esta situação segundo a equipe ouvida estava relacionada ao início das discussões entre as gestões municipal e estadual acerca do processo de municipalização, atrelado ao redimensionamento da rede de proteção local. Entretanto, o cronograma não estaria sendo cumprido conforme previsto. O processo de municipalização do serviço de acolhimento do público misto de 0 a 6 ao ser deflagrado provocou mudanças positivas na rede de proteção de todos os municípios integrantes da Região Metropolitana de Belém, obrigando-os a organizar a própria rede e atender seus municípios, antes deslocados para a capital. O encaminhamento inadequado (perfil) de crianças para o acolhimento pelos Conselhos Tutelares também foi apontado pela equipe do EAPI como fator agravante da situação da superlotação. Considerando a permanência deste quadro, apesar do envio do parecer de inspeção aos setores responsáveis, constatado na inspeção anual de março de 2014, o 2º Cargo da PJIJ decide pela realização de reunião com a gerente do EAPI, a assessoria jurídica e o coordenador de Proteção Social da Alta Complexidade da SEASTER. As discussões promoveram mudanças significativas no espaço, em especial, quanto ao aumento de cuidadores, situação constata na inspeção regular de novembro de 2014.
Abrigo Masculino Euclides Coelho Filho	Estava localizado em área residencial, entretanto, sua estrutura física mostrava-se inadequada às demandas do atendimento, como ausência de salas para a equipe técnica e administrativa, assim como para atividades individuais e grupais, contando, ainda, com quartos e banheiros deteriorados. Após a expedição de inúmeros ofícios solicitando as melhorias na estrutura física e prazos não cumpridos pela gestão municipal, em outubro de 2013 o 2º Cargo da PJIJ expede a Recomendação n. 001/2013-MP/2ºPJIJ, cumprida integralmente somente no final do ano seguinte, após a realização de reuniões de trabalho com a Presidência e Coordenação da Alta Complexidade da referida Fundação. Estes encontros se intensificaram a partir de abril de 2014 a partir da constatação na inspeção anual do mês de março deste mesmo ano, acerca da permanência das condições observadas em 2013*.
Casa de Passagem	A Recomendação n. 001/2013-MP/2ºPJIJ acabou também se referindo à Casa de Passagem quanto ao quadro de recursos humanos, principalmente da equipe técnica, e, em especial, a disponibilidade de maior número de profissionais de Serviço Social, conforme previsão de execução/planejamento do referido espaço.

EAPE	Contava com boa qualidade dos serviços oferecidos aos acolhidos. Como único espaço no Estado do Pará todo voltado para crianças e adolescente com grave comprometimento neurológico, havia acolhidos de várias regiões estaduais, crescente presença de adultos em função das dificuldades de reintegração familiar e adoção, assim como ausência de outros serviços na rede – casas terapêuticas e ou casas lares que pudessem atender a esta demanda – alvo de Ação Civil Pública proposta pela Promotoria de Justiça de Defesa das Pessoas com Deficiência e Idosas. Atrasos no repasse das parcelas do convênio firmado com a SEASTER eram frequentes, situação constatada nas várias inspeções neste ano, o que foi alvo de intervenção do 2º Cargo da PJIJ junto à SEASTER, responsável pelos repasses das parcelas do convênio.
Casa Lar Cordeirinho de Deus e CVC	Em contrapartida à boa estrutura física e número de acolhidos compatível com as Orientações Técnicas, constata-se ainda atendimento direcionado para um único sexo (feminino) e alta rotatividade dos profissionais de nível superior e forte presença do serviço voluntário. No caso da Casa Lar Cordeirinhos de Deus a interrupção no pagamento das parcelas do convênio com a SEASTER para pagamento de pessoal propiciou o desligamento de muitos profissionais da equipe técnica. O atraso no pagamento das parcelas levou o 1º Cargo da PJIJ a convocar a SEASTER a cada inspeção, para que fossem quitadas. Em relação ao CVC, a falta de convênio fez com que fosse possível apenas o trabalho de voluntário, caracterizado pela infrequência, com prejuízos no trabalho com os acolhidos.
Abrigo Tia Socorro	Apresentava problemas com regularização, indefinição quanto à tipologia do serviço, com acolhimento intermunicipal, limitação de recursos, apenas doações, acolhimentos sem guia, equipe técnica com presença de apenas um profissional de Serviço Social com carga horária de 40h, número de acolhidos acima do máximo e dependência de trabalho voluntário. Após várias inspeções de diferentes órgãos da rede de proteção, a 1ª VIJ de Belém recomendou que nenhuma nova criança ou adolescente fosse acolhida até a completa regularização.

* Nas reuniões de trabalho são apresentadas pela FUNPAPA as primeiras ideias acerca do reordenamento dos serviços de acolhimento. Segundo os técnicos presentes, o prazo estabelecido pelo Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), era o ano de 2015, para a organização de toda a rede a partir das *Orientações Técnicas: Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes* com consequências no repasse de recursos federais (financiamento). A discussão desta temática foi provocada pelo 2º Cargo da PJIJ a partir da demanda dos próprios técnicos dos referidos espaços de acolhimento do município, cobrando maior participação e transparência.

No ano de 2014 se intensificam as discussões acerca do reordenamento dos serviços, ano em que é finalizado a primeira versão do *Plano de Acolhimento da Rede de Serviços de Acolhimento para Crianças, Adolescentes e Jovens da Fundação Papa João XXIII*. Nele são apresentados os serviços que serão reordenados segundo: (i) a adequação dos imóveis, (ii) o perfil de atendimento, (iii) os recursos humanos e (iv) o aprimoramento do

PPP. Igualmente apresentados os que serão implantados: (v) um espaço de acolhimento institucional para crianças de 0 a 6 anos; (vi) um espaço de acolhimento institucional para crianças e adolescentes de ambos os sexos de 7 a 18 anos, (vii) uma república para jovens e (viii) uma Casa Lar, atendendo as *Orientações Técnicas: Serviços para Acolhimento de Crianças e Adolescentes*. O debate em torno do tema manteve quase que internamente apenas uma reunião de apresentação.

As inspeções anuais e periódicas (quadrimestrais) de 2014 apontam poucas mudanças no cenário de 2013, apesar das intervenções extrajudiciais:

Tabela 4: Problemas de cada espaço de acolhimento institucional de Belém e a atuação da PJIJ, 2014.

Espaço de Acolhimento Institucional	Problemas e intervenções
Casa de Passagem	Até julho de 2014, apenas o item quanto aos equipamentos de informática tinha sido atendido. A equipe técnica responsável pela avaliação multidisciplinar dos acolhidos manteve-se reduzida, com justificativas por parte da gestão municipal de que o quadro estaria completo, e a redução se dava por faltas, férias e licenças. Isso trouxe como consequência a maior permanência dos acolhidos. Tanto que a previsão de permanência, que antes era de 72h, passou a ser de 15 dias. Na inspeção de novembro constata-se a ausência de acolhidos no local por problemas na estrutura física provocadas por um incêndio. Segundo a equipe técnica ouvida, a Casa de Passagem deixará de funcionar e os recursos humanos serão distribuídos entre os demais espaços de acolhimento institucional sob a gestão municipal a partir da proposta de reordenamento. Também foi solicitada pela equipe técnica intervenção do 1º Cargo da PJIJ para que os reparos fossem agilizados.
Abrigo Masculino Euclides Coelho Filho	A equipe técnica questionou a limitada participação nas discussões acerca do redimensionamento. As reuniões de trabalho apontam para a abertura de licitação para as obras de reconstrução do espaço de acolhimento institucional e dificuldades de aluguel de outro imóvel. Em novembro, o Abrigo Masculino Euclides Coelho Filho é transferido para um prédio alugado atendendo às solicitações da Recomendação n. 001/2013-MP/2ªPJIJ.
Abrigo Feminino Dulce Accioli	Foram identificados problemas na estrutura do prédio como rachaduras e quartos sem portas, requisitada inspeção pelo Corpo de Bombeiros com solicitação de mudança do prédio, entretanto, até o final do ano, constatou-se apenas melhorias quanto às portas, pintura e banheiros.

EAPI	Tem início o processo de municipalização e desmonte do EAPI. Crianças são desligadas ou transferidas para os municípios de origem, mas àquelas que permaneceram, ainda contavam com o reduzido número de educadores e o não funcionamento da sala de estimulação. Das irregularidades constatadas pelo 2º Cargo da PJIJ, apenas a brinquedoteca havia sido reativada. Paralelo às ações extrajudiciais acerca das adequações solicitadas, o 2º Cargo da PJIJ também foi convidada pela SEASTER a compor um Grupo de Trabalho acerca do processo de municipalização, entretanto, após algumas reuniões tal esforço se mostrou infrutífero, pois as discussões não avançaram, por discordâncias na forma e prazo das ações.
EAPE	Mantém as boas condições de funcionamento, apesar das interrupções no repasse das parcelas do convênio firmado com a SEASTER. A gestão estadual, por meio da SEASTER e SES-PA*, é novamente acionado extrajudicialmente pelo 2º Cargo da PJIJ para quitação das parcelas, sendo o aditivo do convênio prorrogado por mais seis meses. Alegando impeditivo legal, a gestão estadual informa a possível não renovação do convênio e possível retomada do serviço.
Casa Lar Cordeirinho de Deus	Mantém o perfil de atendimento voltado para um único sexo, de estreita faixa etária e equipe técnica mínima, entretanto, diferente das inspeções anteriores constatou-se a ênfase do trabalho na reintegração ao núcleo familiar de origem. A Coordenadora solicita intervenção do 1º Cargo da PJIJ em função do não pagamento das parcelas do convênio pela SEASTER para pagamento dos recursos humanos.
CVC	O perfil passa a ser misto e a faixa etária mais ampla, de 7 a 18 anos, mas permanece o trabalho voluntariado, ausência de equipe técnica em caráter regular, negativas de convênio por parte da gestão municipal sob alegação de não regularização do serviço. Identificou-se na inspeção que as documentações necessárias ao funcionamento estavam atualizadas, provocando a solicitação extrajudicial de pronunciamento da FUNPA-PA acerca da situação.
Abrigo Tia Socorro	Foram constatadas melhorias quanto ao planejamento das ações, permanência do trabalho voluntário e recursos procedentes de doações. Manteve-se a orientação quanto ao não acolhimento de novos casos da capital. Houve ainda o desligamento de um expressivo número de acolhidos mediante reintegração familiar nas audiências concentradas realizadas pela 1ª VIJ de Belém.

* O EAPE funciona nos fundos de uma Unidade de Referência Especializada em Reabilitação Infantil (URE-REI) que compõe a média complexidade do Sistema Único de Saúde (SUS), sendo administrada pela mesma ONG que administra o EAPE, sendo o serviço de saúde conveniado, portanto, com a SESPA.

O ano de 2015 é marcado pela implantação parcial dos serviços indicados Plano de Acolhimento da Rede de Serviços de Acolhimento para crianças, adolescentes e jovens

no município de Belém. O referido Plano foi apresentado formalmente em reunião ao Ministério Público – abril de 2015 – por solicitação do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude – CAO e Promotoria da Infância e Juventude da Capital. Momento em que foram discutidos o cofinanciamento junto ao MDS em relação aos espaços não governamentais, ampliação do quadro técnico e prazo para o funcionamento das atividades previstas pela FUNPAPA.

Tabela 5: Problemas de cada espaço de acolhimento institucional de Belém e a atuação da PJIJ, 2015.

Espaço de Acolhimento Institucional	Problemas e intervenções
Casa de Passagem	Teve início a sua desativação, sendo a toda a equipe deslocada para o novo serviço – Espaço de Acolhimento Recomeçar – com perfil misto, faixa etária mais ampliada de 7 a 18 anos, com capacidade para 20 acolhidos. A inadequação do espaço físico para o público atendido – dimensões e localização – se configura como o problema mais enfatizado pela equipe e alvo de nova intervenção do 3º Cargo da PJIJ. Embora de maneira geral siga os parâmetros das Orientações Técnicas.
Abrigo Feminino Dulce Accioli	Permanece nas mesmas inadequações identificadas quanto à estrutura física, dentre elas, pintura e manutenção do espaço físico, apesar das várias notificações feitas pelo 3º Cargo da PJIJ. Quanto à readequação do perfil de atendimento prevista no novo Plano de Acolhimento da FUNPAPA, as mudanças se deram apenas a nível documental, mantém-se o perfil anterior, ou seja, atendimento de adolescentes do sexo feminino, na faixa etária de 12 a 18 anos, com ou sem filhos, sendo estes de ambos os sexos.
Abrigo Masculino Euclides Coelho Filho	Um ano após a Recomendação n. 001/2013-MP/2ªPJIJ – novembro de 2014 – os acolhidos, meninos de 7 a 12 anos, foram transferidos para outro espaço, alugado, seguindo os parâmetros das Orientações Técnicas, o anterior encontra-se fechado para obras desde então. A partir de junho de 2015, este espaço assume outro perfil, crianças de ambos os sexos 0 a 6 anos, então atendidos pelo EAPI, e nova localização, efetivando-se definitivamente a municipalização prevista.
EAPI	Desativado em junho de 2015, até então único espaço da rede de acolhimento da capital sem características semelhantes ao de uma residência e com capacidade de acolhimento de até 80 crianças, muito acima dos parâmetros estabelecidos pelas Orientações Técnicas.

EAPE	As boas condições físicas e de atendimento se mantém, nas reuniões com a equipe técnica, a temática da incerteza quanto à municipalização permanece*, assim como o atraso nos repasses das parcelas do convênio pela SEASTER. A possibilidade de encerramento do convênio levou o 2º Cargo da PJIJ a instaurar a Notícia de Fato n. 001988-117- 2015, que trata especificamente sobre os convênios. Este procedimento levou, no ano de 2016, ao Inquérito Civil n. 000109-117/2016, com o objetivo de regularizar o repasse e responsabilização pessoal do Secretário de Estado de Assistência Social. Os riscos identificados no atendimento especializado aos acolhidos em função de demissões provocadas pela falta de recursos ensejou o desmembramento do Inquérito Civil, uma parte enviada à Promotoria de Justiça de Moralidade Administrativa para verificação de eventual improbidade administrativa por parte do Secretário de Estado de Assistência Social, e outra, serviu de base para o ajuizamento, junto à 1ª VIJ de Belém, da Ação Civil Pública n. 0270295-28.2016.814.0310. A liminar foi deferida pela 1ª VIJ de Belém, obrigando o Estado do Pará a pagar as parcelas em atraso que somavam mais dois milhões de reais, mediante desconto automático nas contas públicas.
Casa-Lar Cordeirinhos de Deus	Único espaço de acolhimento institucional não-governamental inserido na rede de acolhimento pelo Plano de Acolhimento da FUNPAPA, embora, sem convênio com a gestão municipal. O perfil dos acolhidos apresenta mudança, tanto em relação à faixa etária como de gênero, que passa a ser misto. Foi verificado atrasos nas parcelas do convênio mantido com a SEASTER, rotatividade de profissionais em especial da equipe técnico. Em julho de 2015, o convênio com a SEASTER é encerrado sem perspectiva de renovação, e o número de acolhimentos reduzido e transferido em função da falta de recursos públicos. A Casa-Lar Cordeirinhos de Deus estava sendo mantida através dos inúmeros parceiros. Ao longo desse período se desenha o convênio com a FUNPAPA. Em 2016, é firmado esse convênio sob o compromisso de ampliação da faixa etária atendida a partir de 0 dias de vida.
CVC	Permanecem as condições constatadas nas inspeções anteriores, quadro de profissionais da equipe técnica apenas com assistente social, que tinha apoio de voluntários de psicologia e pedagogia. A manutenção do espaço tem sido garantida através de doações. Segundo resposta da FUNPAPA à provocação do 1º Cargo da PJIJ, o CVC não teria entregue a documentação solicitada em tempo hábil para a realização de convênio.
Abrigo Tia Socorro	Mantém as mesmas condições das inspeções anteriores, equipe técnica constituída por apenas uma assistente social. Permanece também sem receber novos acolhidos por determinação da 1ª VIJ de Belém. Por falta de recursos a coordenadora decidiu pela mudança para o Distrito de Mosqueiro, instalando-se em imóvel próprio, de menor área física e melhor organização do público acolhido. A partir de junho de 2016 passa a ser inspecionada pela Promotoria de Justiça do referido Distrito.

*Tal situação levou o 2º Cargo da PJIJ a instaurar o Procedimento Administrativo n. 001596-

117/2016 para acompanhar os debates sobre a possível municipalização do EAPE em 2018, e bem assim, a possibilidade do credenciamento da URE-REI, que funciona no mesmo espaço, em um CER IV, um dos componentes da Rede de Atenção à Saúde da Pessoa com Deficiência do SUS, o que, contudo, não foi necessário em razão da recente inauguração do Centro de Integrado de Inclusão e Reabilitação (CIIR) na Rodovia Arthur Bernardes.

Assim, o quadro de 2015, que ao longo de 2016 e 2017 já passou por mudanças, era o seguinte:

Tabela 6: Espaços de acolhimento institucional de Belém, 2015.

Espaço de acolhimento institucional	Situação	Perfil do público alvo	Gestão e Mantenedora	PJIJ responsável
EAPI	Encerrado pela municipalização do serviço de acolhimento, executado pelo Espaço de Acolhimento Euclides Coelho Filho			
<i>Espaço de Acolhimento Recomeçar</i>	Redimensionado segundo o Plano Nacional e as Orientações Técnicas, a partir da Casa de Passagem	Crianças e adolescentes de ambos os sexos, de 7 a 18 anos	Município de Belém (FUNPAPA)	3º Cargo da PJIJ
<i>Espaço de Acolhimento Euclides Coelho Filho</i>	Redimensionado segundo o Plano Nacional e as Orientações Técnicas, a partir do Abrigo Masculino Euclides Coelho Filho	Crianças do sexo masculino, de 7 a 12 anos	Município de Belém (FUNPAPA)	2º Cargo da PJIJ
<i>Espaço de Acolhimento Dulce Accioli</i>	Redimensionado segundo o Plano Nacional e as Orientações Técnicas, a partir do Abrigo Feminino Dulce Accioli	Adolescentes do sexo feminino, de 12 a 18 anos, e seus eventuais filhos	Município de Belém (FUNPAPA)	3º Cargo da PJIJ
<i>Espaço de Acolhimento Ronaldo Araújo</i>	Sem informações precisas	Sem informações precisas	Município de Belém (FUNPAPA)	

EAPE	Continuidade, com início das discussões sobre futura municipalização	Crianças, adolescentes e adultos de ambos os sexos com deficiências neurológicas e afins com considerável comprometimento da autonomia	ONG (Organização Social Pobres Servos da Divina Providência) conveniado com o Estado do Pará (SEASTER)	2º Cargo da PJIJ
CVC	Não redimensionado	Adolescentes do sexo feminino, de 7 a 18 anos, em geral, vítimas de violência sexual	ONG (homônima)	1º Cargo da PJIJ
Casa-Lar Cordeirinhos de Deus	Não redimensionado	Crianças e adolescentes do sexo feminino, de 7 a 15 anos	ONG (homônima)	1º Cargo da PJIJ
Abrigo Tia Socorro	Sem informações precisas	Sem informações precisas	ONG (homônima)	

Os serviços República para Jovens, Casa Lar e Família Acolhedora, embora previstos no *Plano de Acolhimento da Rede de Serviços de Acolhimento para Crianças, Adolescentes e Jovens da Fundação Papa João XXIII*, não foram implantados até o momento pela FUNPAPA. Especificamente em relação aos serviços de República para jovens a PJIJ pretende iniciar as discussões, considerando a presença de maiores de 17 anos em alguns espaços de acolhimento institucional.

Em relação aos critérios de atendimento cabe citar avanços, como o atendimento a grupos de irmãos que passou a ser garantido em todos os espaços de acolhimento institucional, e ainda a possibilidade da garantia da coeducação, no que se refere à convivência entre os acolhidos de ambos os sexos e de diferentes gerações, com critérios menos restritivos. Por outro lado, as dificuldades em trabalhar com esta nova realidade, são mencionadas por alguns profissionais das equipes técnicas, que trazem a necessidade de revisão desta recente mudança no cenário da rede de proteção locais. Outro dado importante diz respeito à metodologia de trabalho junto às famílias, durante e pós acolhimento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada teve como objetivo principal a realização de um estudo sobre as inspeções realizadas pelo Ministério Público do Pará, através do 1º, 2º e 3º Cargo da PJIJ de Belém, nas instituições de acolhimento de crianças e adolescentes no

município de Belém e as mudanças geradas a partir desta atuação, tendo como parâmetro o documento *Orientações Técnicas: Serviços para Acolhimento de Crianças e Adolescentes*, que, por sua vez, sintetiza diretrizes que estão inseridas em um contexto bem mais amplo, no qual se encontram não apenas o ECA ou a Lei 12.010, mas também o *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*.

Através do levantamento realizado foi possível identificar nos relatórios e documentação disponível, os procedimentos adotados diante das inadequações constatadas nos espaços de acolhimento institucional de Belém, assim como a amplitude das mudanças produzidas. Possibilitou ainda verificar a existência de entraves – fatores de diferentes ordens – e limitações na consecução delas, questões que se colocam além do Ministério Público, o que não impede parcerias ou estratégias, principalmente quanto ao orçamento e contas públicas.

As mudanças não ocorrem no tempo necessário e da forma pretendida. Verificou-se, contudo, o caráter contínuo e regular da atuação, aliado à execução direcionada e encaminhada pelo respectivo Cargo da PJIJ de Belém requisitante em relação a determinado espaço de acolhimento institucional da rede de proteção local, fundamental para o avanço e conquistas de melhorias – mesmo que, muitas vezes, até tímidas – e, por conseguinte na garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Diante das inadequações constatadas e dos muitos esforços, sejam administrativos ou judiciais, empreendidos para saná-los, conduz ao entendimento de que apesar das mudanças significativas na história recente do país acerca da institucionalização de crianças e adolescentes, ideias e práticas, pautadas em ações desenvolvidas no século passado, ainda são bastante presentes.

Através dos resultados da pesquisa é possível elencar propostas que possam contribuir para o avanço nas melhorias tão necessárias nesta área de intervenção como a retomada das discussões em rede sobre o serviço de acolhimento a crianças e adolescentes e seu redimensionamento, em caráter mais amplo, retraimento este mencionado em diferentes momentos das várias inspeções realizadas, e por diferentes agentes institucionais e sociais. Outra proposta se direciona ao entendimento de que o trabalho hoje realizado por diferentes órgãos – 1º, 2º e 3º Cargo da PJIJ de Belém, 1ª VIJ de Belém, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (COMDAC) e Conselhos Tutelares – com a mesma função, ou seja, de acompanhamento dos espaços de acolhimento institucional, possam ser realizadas, se possível, de forma conjunta, para um direcionamento partilhado e ou compartilhado.

REFERÊNCIAS

AMIM, Andréa Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis n. 8.069, de 13 de julho de 1990 [Estatuto da Criança e do Adolescente], 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 [Código Civil], e da Consolidação das Leis do Trabalho [CLT], aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art2. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm. Acesso em: 30 maio 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. **Orientações técnicas**: serviços de acolhimento para crianças e adolescentes. Brasília: CONANDA e CNAS, 2009.

BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília: CONANDA e CNAS, 2006.

BRASIL. **Relatório da Infância e da Juventude**: um olhar mais atento e os serviços de acolhimento de crianças e adolescentes do país. Brasília: CNMP, 2013.

BRASIL. **Resolução n. 71, de 15 de junho de 2011, do CNMP (alterada)**. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público na defesa do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em acolhimento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0711.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

CAVALCANTE, Lília Iêda Chaves. **Ecologia do cuidado: interações entre a criança, o ambiente, os adultos e os seus pares em instituições de abrigo.** Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Teoria e Pesquisa do Comportamento. Belém: UFPA, 2008.

MARCILIO, Maria Luiza. **A roda de expostos e a criança abandonada na história do Brasil.** In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org.). História social da infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 1997.

RAMOS, Fábio Pestana. **A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI.** In: DEL PRIORE, Mary (Coord.). História das crianças no Brasil. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2013.

RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. **História da saúde mental infantil: a criança brasileira da colônia à república velha.** Revista Psicologia em Estudo. Maringá, v. 11, n. 1, p. 29-38, jan./abr. 2006.

RIZZINI, Irene (Coord.). **Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil.** Brasília: UNICEF, 2006.

RIZZINI, Irene (Coord.); RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente.** Rio de Janeiro, Editora PUC-Rio, 2004.

A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL, A ESCUTA ESPECIALIZADA E O DEPOIMENTO SEM DANO PREVISTOS NA LEI Nº 13.431/2017: UMA ANÁLISE

ALINE CUNHA DA SILVA¹

RESUMO

O presente artigo propõe uma análise dos institutos da violência institucional, a escuta especializada e o depoimento sem dano, inaugurados a título de previsão legislativa pela Lei nº 13.431/2017². A priori, é realizado um breve estudo histórico das iniciativas que levaram à edição do diploma legal, a definição conceitual dos institutos, seus objetivos, e os mecanismos utilizados na sua aplicação nas rotinas forenses. Também serão tecidos comentários sobre a efetividade de proteção ao público infanto-juvenil vítima ou testemunha de violência, sendo este o escopo principal da lei em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Infância e Juventude. Depoimento sem dano. Escuta Especializada. Violência Institucional. Lei nº 13.431/2017.

ABSTRACT

This article proposes an analysis of institutes of institutional violence, specialized listening and testimony without harm, inaugurated as a legislative forecast by Law 13,431 / 2017. A priori, a brief historical study of the initiatives leading to the edition of the legal diploma, the conceptual definition of the institutes, their objectives, and the mechanisms used in their application in forensic routines is carried out. Comments will also be made on the effectiveness of protection for the child and juvenile public victim or witness of violence, which is the main scope of the law in question.

KEYWORDS: Childhood and Youth. Testimonial without damage. Specialized Listening. Institutional Violence. Law nº 13.431 / 2017.

1 INTRODUÇÃO

Há muito tempo os órgãos do Sistema de Proteção verificaram a necessidade de implementar novos mecanismos no momento de realizar a coleta de depoimentos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes violentos, em especial que violem a dignidade sexual.

Considerando a sua característica de pessoa em desenvolvimento, bem como que, principalmente nas mais tenras fases da vida, a criança verbaliza experiências traumáticas

¹Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. E-mail funcional: alinecunha@mppa.mp.br.

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm

por meio de fantasias, desenhos, e outros meios próprios da idade, sendo imperioso que a sua oitiva seja realizada por profissional³ dotado das técnicas necessárias para a extração da informação, sem que ocorra a revitimização ou vitimização secundária e a reafirmação do trauma, passou-se a serem empreendidas buscas por mecanismos que conciliassem essas necessidades.

O modelo de depoimento sem dano tal qual conhecemos foi implementado no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo então Juiz José Antônio Daltoé Cezar, atualmente Desembargador do TJRS. Em uma descrição resumida para apresentação da prática ao Prêmio Inovare, do ano de 2004, o Magistrado sintetizou:

O Projeto Depoimento Sem Dano teve início em 06/05/03. Através dele, na 2ª Vara da Infância e da juventude de Porto Alegre, juízes criminais, de família ou da Infância e da Juventude, fazem a inquirição de crianças/adolescentes vítimas de abuso sexual, através de rede com vídeo e áudio. Na sala de audiências permanece o Magistrado, o Promotor de Justiça, Advogado e servidores, enquanto que em sala separada, ficam a vítima e um técnico (psicólogo/assistente social), sendo este que verbaliza as perguntas a quem está sendo inquirida. Apenas o técnico fica com o ponto no ouvido, recebendo as perguntas que vêm da sala de audiências. O depoimento (vídeo e áudio) é gravado em CD, que posteriormente é degravado para ser juntado ao processo. O CD também é juntado ao processo, para que havendo recurso, também possam os Desembargadores ter acesso àquele depoimento, vendo como ele transcorreu.⁴

O Conselho Nacional de Justiça expediu em 23 de novembro de 2010, a Recomendação nº 33⁵, que orienta os Tribunais de Justiça em todo o Brasil a criar serviços especializados destinados à escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais, com a devida qualificação dos serventuários da Justiça e magistrados. O objetivo da norma era assegurar o respeito às normas e princípios, inclusive em âmbito internacional, relativos à escuta diferenciada das crianças e adolescentes vítimas de violência ou testemunhas em processo judicial, visando minimizar os traumas decorrentes da coleta de suas declarações na forma “tradicional”.

Em 01º de dezembro de 2015, a Deputada Federal do PT do Rio Grande do Sul, Maria do Rosário, apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3792/2015, que após o trâmite legislativo foi transformado na Lei Ordinária nº 13.431/2017.

³ Os Conselhos Federais de Psicologia e Serviço Social chegaram a editar resoluções destinadas a restringir e mesmo proibir os respectivos profissionais de atuar em processos de escuta para fins de coleta de prova que, mesmo antes da promulgação da Lei nº 13.431/2017, foram revogadas por sucessivas decisões judiciais.

⁴ <https://premioinnovare.com.br/praticas/1/jose-antonio-daltoe-cezar-2586>

⁵ <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>

Os mecanismos apresentados pela novel legislação são materializações de compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil em âmbito internacional, em especial a Convenção sobre os Direitos das Crianças⁶, promulgada pelo Decreto nº 99.710/90, que em seu artigo 19 estabelece:

Artigo 19. 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. 2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.”

Na mesma sentido, obedece ao artigo 8º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil (promulgado pelo Decreto 5.007/04), e à Resolução 20/05 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que traz diretrizes sobre pessoas em desenvolvimento vítimas e testemunhas de crimes.

A doutrina da proteção integral, inaugurada em sede constitucional (art. 227, CF) e albergada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁷ (art. 1º, Lei 8.069/1990) ganhou importante reforço normativo, ao passo em que a novatio legis intrinsecamente impõe, quando da ocorrência de qualquer forma de violência contra criança ou adolescente, a observância dos direitos inerentes à população infantojuvenil, desde os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana até garantias específicas decorrentes de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

2 VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

O cenário relativo ao enfrentamento da violência contra crianças e adolescentes sofreu importante alteração a partir da promulgação da Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, principalmente porque, tendo inegavelmente como o escopo principal o estabelecimento de normas voltadas a impedir a vitimização secundária de crianças e

⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm

adolescentes que sofreram qualquer forma de violência, culminou por contemplar a violência institucional como modalidade de tais práticas, descrevendo-a como aquela praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.

É uma garantia constitucional e repetida em todo o arcabouço legal que toda criança e adolescente deve ser colocado a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, em toda e qualquer esfera de atenção, área do direito ou fase processual, com especial enfoque às formas de abordagem, que agora apenas podem se observar através de procedimentos específicos classificados como escuta especializada (Lei nº 13.431/2017, art. 7º) e depoimento especial (Lei nº 13.431/2017, art. 8º), sobre os quais com maior detimento na sequência.

A partir das novas disposições legais relativas ao sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência não há como se admitir que os órgãos integrantes da rede de proteção e do sistema de justiça, seja protetivo ou persecutório, atuem de modo desarticulado, sob pena de se tornar inepto os mecanismos de atuação estabelecidos no diploma.

A ideia primordial é erradicar, de uma vez por todas, o amadorismo no atendimento dessa complexa e difícil demanda, agilizando e tornando mais eficiente a atuação dos órgãos de repressão e proteção, buscando a responsabilização dos autores de violência na esfera criminal, sem causar danos colaterais às vítimas ou testemunhas.

A própria Lei nº 13.431/2017 estabelece o encargo de oferecimento de suporte psicológico à vítima, não se tratando de um diploma voltado apenas a mero instrumento de prova com vistas ao exercício da pretensão punitiva do Estado, porém, diante da violação sofrida, cuida-se de destinar às vítimas ações voltadas ao acompanhamento de sua saúde física e mental, como forma a possibilitar que alcance uma adequada elaboração dos fatos, livrando-se das culpas e temores comuns à espécie, até a esperada, mas nem sempre possível, superação dos traumas.

Em todo caso, é preciso sempre ter em mente que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, devendo como tal ser tratadas. O que não significa que sejam incapazes de exprimir seus desejos e opiniões (sendo este um direito reconhecido pelo art. 5º, inciso VI desta Lei) e/ou que seus relatos não sejam dignos de crédito (tendo, muito pelo contrário, rigorosamente a mesma validade que os relatos dos adultos), o escopo da lei é exigir que sejam destinatárias de uma atenção especial, sobretudo para evitar que, a pretexto de apurar o ocorrido, sejam submetidas a situações vexatórias e/ou constrangedoras, inclusive, perante aqueles que deveriam protegê-las.

3 DA ESCUTA ESPECIALIZADA

A escuta especializada é definida no art. 7º, da Lei nº 13.431/17 como o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente realizada por agente pertencente a órgão integrante da rede de proteção. Durante

a entrevista com a criança ou o adolescente, além do dever de observar os direitos e garantias dos arts. 5º e 6º, da Lei nº 13.431/2017, é dever do entrevistador observar as disposições gerais dos arts. 9º e 10. Apesar de a escuta especializada e o depoimento sem dano, tratarem de espécies distintas de coleta de informações e produção de prova, em ambos os casos a norma consagra o direito da criança ou do adolescente de que o ato ocorra sem qualquer espécie de contato com pessoa que represente possibilidade de ameaça, constrangimento ou coação. Ademais, em complemento ao que estabelece o art. 5º incisos III, VI, IX, XI, XIV, XV da Lei nº 13.431/2017 – que também fixam parâmetros para os procedimentos de escuta especializada e depoimento pessoal –, o art. 10 trata das condições físicas consideradas adequadas do local em que será realizada a oitiva: o local deve ser acolhedor à realidade da criança ou adolescente e contar com espaço físico que garanta sua privacidade.

Destaque-se, ademais, que o dispositivo legal delimita o conteúdo da entrevista objeto da escuta especializada ao estrito cumprimento de sua finalidade, qual seja, identificar indícios da situação de violência pelo órgão da rede de proteção para eventualmente determinar ou representar pela aplicação de medida protetiva (art.98, c/c art.101, da Lei nº 8.069/90).

O cuidado de relacionar, definir e “categorizar” as diversas formas de violência (art. 4º, em seus incisos) demonstra a intenção do legislador, de uma banda, em não dar margem para dúvida acerca do alcance da norma e, de outra, de apontar, no mesmo sentido em que o art. 70-A, do ECA, para a necessidade da implementação de políticas públicas e abordagens/intervenções específicas para cada uma das modalidades de violência elencadas, que reclamam um planejamento e um atendimento diferenciado. Cumpre mencionar que as abordagens trazidas pela lei são válidas, inclusive, para outras situações não de maneira expressa na lei, mas que também causam sofrimento físico ou psicológico, como é o caso da violência autoinfligida (sendo exemplos a automutilação ou tentativa de suicídio), que pode ter uma causa externa que precisa ser também investigada e tratada (em muitos casos a conduta autodestrutiva é resultado de uma violência psicológica, como o bullying, ou sexual, praticadas contra a vítima).

Diante da ausência de previsão legal específica que previsse todas as formas de violência contra a criança e o adolescente, a Lei nº 13.010/2014⁸ (Lei Menino Bernardo), trouxe mecanismos adicionais para tentar prevenir e coibir tais situações, explicitando, com a incorporação do art. 70-A ao ECA, a necessidade da especialização de profissionais dos mais diversos setores da administração, assim como sua reunião periódica em “espaços intersetoriais locais” para discutir tanto o “papel” de cada um, assim como os “fluxos” e “protocolos” de atendimento (dentre outras questões de cunho “estrutural” e coletivo), quanto as estratégias de abordagem e atuação nos casos individuais que surgirem (sobretudo os de maior gravidade/complexidade), em uma espécie de “estudo de caso”.

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm

O art. 2º, caput, do ECA que estabelece os conceitos de “criança” (pessoa entre zero e doze anos de idade incompletos) e “adolescente” (pessoa entre doze e dezoito anos de idade incompletos), sendo que, para as normas internacionais, o termo “criança” se aplica indistintamente a todas as pessoas de idade inferior a 18 (dezoito) anos. O parágrafo único do art. 3º do diploma legal aduz ser a aplicação das disposições da Lei “facultativa” para jovens entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos, a doutrina especializada entende que o ideal é que isto ocorra sempre, considerando que os princípios que embasam a Lei, ao preconizarem um atendimento mais “humanizado” em relação às vítimas e testemunhas de violência, são decorrência natural do “princípio da dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso III, da CF), e deveriam ser aplicadas a todos que se encontrem em situação semelhante (independentemente da idade) ou, para aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, por exemplo por portarem algum tipo de deficiência mental ou intelectual.

O art. 4º, II, a, afirma que constitui violência psicológica qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (bullying) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional, releva notar que a definição e a inclusão do bullying⁹ no diploma legal, deixam claro que os mecanismos de escuta especializada e depoimento sem dano podem ser utilizados quando os autores das condutas forem crianças ou adolescentes.

Outra situação em que a utilização do mecanismo pode ser utilizada de modo a promover repressão à prática delituosa e garantia de proteção à criança e ao adolescente, são os casos de exploração de trabalho infantil, que embora costumem ser de atribuição do Ministério Público do Trabalho, também podem ensejar a ocorrência do crime de “maus tratos”, previsto no art. 136, do CP e da “negligência” (que mesmo quando não passível de enquadramento como crime, pode provocar graves traumas emocionais/psicológicos na criança/adolescente, demandando rápida e efetiva resposta do Sistema de proteção).

Por sua vez, o art. 4º, II, b, da Lei nº 13.431/07, arrola a alienação parental¹⁰ como uma das hipóteses de utilização da escuta especializada. Observe-se que a participação de criança ou adolescente em tal mecanismo deve ter o escopo de definir a melhor forma de contornar a situação de alienação verificada, visando “desconstruir” a imagem negativa do pai/mãe/parente criada na mente da criança ou adolescente, não podendo a fala

⁹ O art. 1º, §1º, da Lei nº 13.185/2015, afirma “considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.”

¹⁰ De acordo com o art. 2º, da Lei nº 12.318/2010, “considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”

da criança ser utilizada em “represália” a conduta dos pais, sob pena de incidência da indesejada violência institucional.

4 DEPOIMENTO SEM DANO

Fazendo-se uma interpretação sistemática, lógica e teleológica do diploma legal, é possível afirmar que a partir de sua entrada em vigor, nem a autoridade policial¹¹, nem o Juiz ou Promotor, devem ouvir diretamente crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, a menos que estas assim o requeiram de maneira expressa, conforme autorização do art. 12, §1º, devendo tanto os órgãos de segurança pública quanto o Poder Judiciário se organizar e criar as condições para que essa oitiva seja efetuada por profissionais qualificados, em uma das 02 (duas) formas aqui previstas.

A propósito, antes mesmo da edição do diploma legal em estudo, os Conselhos Federais de Psicologia e de Serviço Social expediram resoluções¹² que visavam os respectivos profissionais a realizar a coleta dos depoimentos das vítimas ou testemunhas, sob o argumento de que não era atribuição destes a coleta de tais provas. Essas resoluções foram rechaçadas judicialmente uma a uma, cumpre colacionar o teor de uma das decisões a respeito do tema:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA CONSELHOS REGIONAIS DE PSICOLOGIA E SERVIÇO SOCIAL. RESTRIÇÕES IMPOSTAS POR RESOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1.

O sistema de escuta judicial “Depoimento Acolhedor de Crianças e Adolescentes”, conhecido também como “Depoimento Sem Dano”, é um modelo de sistema de escuta que possibilita a criança e o adolescente ser inquirido em processos judiciais, visando instruir os autos, cabendo ao juiz decidir sobre as perguntas a serem formuladas e ao profissional de psicologia ou assistente social, como facilitador/intérprete, repassar as perguntas, elaboradas pelo juiz, a criança ou adolescente. 2. A Resolução nº 10/2010, do Conselho Federal de Psicologia-CFP, e a Resolução nº 554/2009 do Conselho Regional de Serviço Social vedam a participação das categorias em tela no Projeto de “Depoimento Sem Dano”, sob o fundamento de que não é competência e atribuição do psicólogo e do assistente social a inquirição judicial de crianças e adolescentes. 3. Não obstante os Conselhos impetrados tenham competência para expedir resoluções concernentes as atribuições e competência dos profissionais em

¹¹ Ressalte-se que mesmo quando realizado perante a autoridade policial, o depoimento especial poderá ser usado como prova no processo judicial, sem necessidade de repetição da diligência em sede judicial, em especial quando seu teor for corroborado por outras provas produzidas ao longo da instrução processual.

¹² <https://site.cfp.org.br/documentos/nota-tecnica-no-1-2018-gtec-cg/>

psicologia e assistente social, respectivamente, verifica-se que a vedação e a penalidade impostas aos referidos profissionais por participarem no sistema de “Depoimento Sem Danos” extrapola as disposições legais previstas nas Leis nº 4.119/62 e 8.662/1993, que tratam sobre as atribuições das ditas profissões. 4. O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, constitui direito individual fundamental (CF/88, art. 5º, XIII), portanto, não pode o Poder Público, via de Resolução, inovar a Ordem Jurídica e impor restrições ao profissional não estabelecidas em lei. 5. É de ressaltar que os profissionais de psicologia e assistente social quando do exercício no Projeto “Depoimento Sem Danos” não atuam como inquiridor, mas facilitador/intérprete, utilizando-se do conhecimento técnico e científico da profissão para reproduzir as perguntas elaboradas pelo juiz, da melhor forma possível, visando o bem estar da criança e o colhimento de provas, possibilitando, mais facilmente, a punição do possível agressor. (...) . (TRF-5ª Reg. 2ª T. Apel/Reex. nº 24564/PE. Rel. Des. Rubens de Mendonça Canuto (Convocado). J. em 23/10/2012) (grifo nosso)

Pelo teor da lei, não há grau de “hierarquia” ou “preferência” entre a escuta especializada e o depoimento especial¹³ que, embora sejam meios distintos de coleta de prova, possuem rigorosamente o mesmo valor probante, sendo necessário verificar em cada caso em concreto, fatores como a idade da vítima ou testemunha, seu grau de maturidade, sua capacidade de compreensão dos fatos etc, entre outros aspectos, a fim de escolher qual o melhor método para realização da diligência, abrindo-se também o canal para que a própria vítima ou testemunha, possa manifestar preferência em um método em detrimento do outro, podendo esta ainda, optar por ser ouvida diretamente pelo Juiz, como previsto no art. 12, §1º. Esclareça-se que o escopo destas previsões legais é de dar voz, garantir o local de fala da criança, impedindo a indesejada “desconfiança ou descrédito” comuns depoimentos de casos que envolvem crianças e adolescentes.

Essa nova metodologia (ou mentalidade) trazida pela Lei, garante uma maior capacidade de iniciativa da vítima ou testemunha, apoiada por profissionais especializados, evitando-se assim, até mesmo, que fiquem em silêncio, em razão da dor e desconforto imprimidos pelo trauma da violência sofrida ou assistida, impedindo-se que a coleta de provas torne-se frágil, além de fornecer maiores elementos de como lidar e tentar oferecer o melhor tratamento psicológico e social para essa vítima ou testemunha.

Na prática, a escuta especializada pode se dar tanto num momento anterior à existência de processo judicial ou procedimento instaurado para apurar a prática de

¹³ O depoimento especial é a forma preferencial prevista em lei para coleta de prova testemunhal, ao passo que a escuta especializada assume os contornos de prova pericial.

crime, podendo servir, inclusive, para obtenção de elementos mínimos que apontem para sua efetiva ocorrência, e também quando já em âmbito de inquérito policial ou processo judicial, alternativamente ao depoimento especial, prestando-se o relato prestado na ocasião do acolhimento pelos órgãos da rede de proteção como elemento de prova que será valorado no contexto das demais provas trazidas aos autos.

Diferente do que ocorre com o depoimento especial, que é realizado sob a supervisão direta da autoridade policial ou judiciária e segue um rito próprio definido pelos arts. 12 e seguintes da lei, a escuta especializada, a priori, é efetuada no âmbito da “rede de proteção” à criança e ao adolescente, e não possui uma forma ou rito específico a ser observado, cabendo aos profissionais responsáveis, no entanto, seguir os protocolos e as normas técnicas¹⁴ aplicáveis. Cumpre destacar que, quando realizada em uma etapa preliminar ao processo em sede judicial, a escuta especializada terá valor probante de uma perícia realizada no âmbito de um inquérito policial, cabendo ao Juiz, no caso em concreto, valorar os elementos colhidos quando de sua realização no contexto das demais provas produzidas no âmbito do processo.

Em ambas os mecanismos com vistas a minimizar os efeitos deletérios do decurso do tempo, além de imprimir maior celeridade na tramitação processual como um todo, passou a prever a obrigatoriedade da realização da escuta especializada ou depoimento especial a título de produção antecipada de prova sempre que a vítima ou testemunha tiver menos de 07 (sete) anos de idade, ou quando se tratar de violência sexual (art. 11, caput e §1º), prevendo restrições à repetição da diligência, que fica condicionada à cabal demonstração de sua imprescindibilidade e à expressa concordância da criança ou adolescente (art. 11, §2º).

Dispõe o §2º, do art. 4º, da Lei que: “Os órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça adotarão os procedimentos necessários por ocasião da revelação espontânea da violência.” O dispositivo prevê a possibilidade e não a obrigatoriedade, de que o relato espontâneo da vítima seja posteriormente reproduzido mediante depoimento especial ou escuta qualificada, de modo a ser usado como prova em processo criminal ou civil instaurado em decorrência da violência por ela sofrida, reafirmando o entendimento de que ambos os métodos são igualmente válidos e podem ser usados para tal finalidade.¹⁵

¹⁴ Alguns membros da rede de proteção denominam esse primeiro contato das equipes como “recepção humanizada” da vítima ou testemunha

¹⁵ Os Tribunais pátrios admitem o uso da escuta especializada e do depoimento especial a título de “prova emprestada”, vide: **PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. DIREITO A AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS. JUNTADA DO ÁUDIO AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREJUIZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. IMPROVIMENTO.** 1. No processo penal, admite-se a prova emprestada, ainda que proveniente de ação penal com partes distintas, desde que assegurado o exercício do contraditório. 2. Seguindo o princípio pas de nullité sans grief, adotado pelo Código de Processo Penal em seu art. 563, não comprovado efetivo prejuízo ao réu, não há falar-se em nulidade processual. 3. Agravo regimental improvido. (STJ. 6ª T. AgRg no HC nº 389242/SC. Rel. Min. Nefi Cordeiro. J. em 20/02/2018) (grifo nosso).

Por sua vez, o §3º, do art. 4º, afirma: “Na hipótese de revelação espontânea da violência, a criança e o adolescente serão chamados a confirmar os fatos na forma especificada no §1º deste artigo, salvo em caso de intervenções de saúde.” Deve-se extrair do enunciado que não há a vedação da revelação pelos profissionais de saúde, do que foi relatado, em eventual atendimento psicológico, por exemplo, aos órgãos e autoridades policiais e judiciais competentes, mas sim de que em tais casos, deve-se procurar evitar que a criança ou adolescente vítima ou testemunha seja novamente ouvida, quer por meio da escuta especializada, quer do depoimento especial, buscando-se a produção de prova do fato ilícito ocorrido por outros meios em Direito admissíveis, a começar pelo depoimento dos próprios profissionais que atenderam o caso, por exemplo. O escopo da norma é proteger a relação de confiança anteriormente cultivada entre a criança ou adolescente e o profissional, além de evitar a indesejada ocorrência de violência institucional.

O inciso XV, do art. 5º, prevê que é um direito da criança ou adolescente “prestar declarações em formato adaptado à criança e ao adolescente com deficiência ou em idioma diverso do português.” Isso significa que além das demais cautelas de praxe, caso a pessoa a ser ouvida possua necessidades específicas seja em razão de deficiência física ou mental, seja falante de idioma diverso do português, ou surdo, muda ou surdo muda, estas características devem ser respeitadas, buscando-se profissionais que possam atender a tais peculiaridades durante o procedimento.

Para exemplificar, cite-se uma criança ou adolescente de origem indígena, não falante da língua portuguesa, que necessite de um tradutor de línguas indígenas do macro Jê, ou uma criança/adolescente refugiada, ou uma pessoa com deficiência auditiva ou de fala que necessite de um intérprete de Libras.

O art. 10 da Lei dispõe que “A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência”, traduzindo um direito das vítimas ou testemunhas de se sentirem o mais confortáveis possível no ambiente da oitiva.

Com vistas a estimular que os Tribunais pátrios adiram a esse desiderato, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação nº 33/2010, tem incentivado a criação de “salas de depoimento especial”. No entanto, são poucas as comarcas que dispõem desse equipamento e equipe, na forma desejada.

O art. 11 estabelece que o depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado. Nas hipóteses elencadas nos incisos do parágrafo primeiro do artigo, é obrigatória a coleta do depoimento especial a título de produção antecipada de prova, somente não devendo-se assim procedendo-se assim em situações específicas e devidamente justificadas.

O inciso I prevê que se a criança ou adolescente (essa referência a adolescente é equivocada, pois o art. 2º, caput, do ECA, afirma que a adolescência inicia-se aos 12 anos

completos) tiver menos de 07 anos de idade é obrigatória a realização do depoimento sem dano no rito de produção antecipada de prova. Sobretudo deve-se observar todos os protocolos e técnicas necessárias a resguardar o bem-estar físico e psíquico de uma vítima ou testemunha de tão tenra idade. Por sua vez, o inciso II afirma que é obrigatória a coleta do depoimento sem dano pelo rito da produção antecipada de prova, em casos de violência sexual.

O art. 12, I, define uma fase preliminar, conhecida no âmbito da psicologia como “rapport”, que significa uma técnica usada para criar uma ligação de sintonia e empatia com outra pessoa. Inicia-se com a fase de “acolhimento” (recepção humanizada) da vítima ou testemunha pelo profissional que realizará a entrevista, com todos os esclarecimentos necessários para que a criança/adolescente se sinta segura e em condições de relatar o ocorrido.

Parte da doutrina, admite como medida de proteção à intimidade e à segurança da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, que o depoimento especial pode se dar por meio da inquirição *sem rosto* ou *envelopada*, que consiste no registro fracionado da oitiva em dois documentos, a inquirição propriamente dita a ser juntada nos autos, e a qualificação completa que será mantida apartada e acessível apenas aos envolvidos. Tal proceder não exige necessariamente a inclusão em programa de proteção às vítimas, e não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa pois não impede o acesso da defesa. No entanto, sendo constatada grave coação ou ameaça à integridade física ou psicológica, nada impede (artigo 21, V) a aplicação dos mecanismos de proteção especial a vítimas e testemunhas previstos na Lei 9.807/99.

Por fim, cabe trazer à baila o novo crime tipificado pelo artigo 24 da Lei 13.431/17, assim redigido: Art. 24. Violar sigilo processual, permitindo que depoimento de criança ou adolescente seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

O Sujeito ativo da conduta ilícita é aquele que tem acesso ao depoimento especial em razão do cargo que ocupa, como servidores do Judiciário, membros do Ministério Público ou o Defensor Público., sendo os sujeitos passivos tanto o Estado quanto o infante prejudicado com a divulgação indevida da informação. Entende-se que havendo permissão judicial ou autorização do depoente ou seu representante legal, o fato é atípico, havendo discussão sobre a possibilidade de os responsáveis legais dos menores franquearem a terceiros a entrada na sala de oitiva.

A consumação do delito ocorre com a simples revelação da oitiva, bastando que seja assistida por uma única pessoa estranha aos interessados e membros da rede de proteção, cuidando-se de crime formal, que dispensa o efetivo dano à administração pública. É possível a ocorrência de tentativa. Como o verbo nuclear consiste em permitir que seja assistido o depoimento, a revelação verbal do seu conteúdo não acarreta esse crime.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto no presente artigo, conclui-se que a Lei nº 13.431/2017 inaugura verdadeiro microsistema normativo para a prática do ato processual de oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, não prescindindo, porém, de regulamentação geral do tema pelo Código de Processo Penal brasileiro. No entanto, constitui importante avanço legislativo para a proteção de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes, que passam a contar com uma acolhida humanizada anterior a oitiva em si, e com um procedimento que lhes garanta um lugar de fala respeitando sua condição de pessoa em desenvolvimento, garantindo que a conduta delituosa praticada não remanesça impune, mas sem agravar ainda mais os traumas comumente imprimidos na psique infantojuvenil.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Leis especiais para concursos-V.49**. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 12ª ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodvim, 2018.

BRASIL. **Nova Lei 13.431/2017 dispõe sobre o depoimento sem dano**. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/530851128/nova-lei-13431-17-dispoe-sobre-o-depoimento-sem-dano>.

BRASIL. **Lei nº 13.431/2017 comentada**. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2016.

PORTO, José Roberto Mello. **Leis especiais para concursos-V.49**. Estatuto da Juventude e da Primeira Infância Comentado. 1ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

A AMPLITUDE DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NUMA REALIDADE ACUSATÓRIA: POSSIBILIDADE DE PEDIR A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO

ALEXANDRA FONSECA RODRIGUES¹

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES²

RESUMO

O presente escrito objetiva analisar a amplitude do papel que o Ministério Público deve assumir como agente de promoção do sistema processual penal acusatório e do regime democrático. Neste diapasão, será atribuída atenção especial para a possibilidade que tal órgão recebe através da própria axiologia constitucional, de pugnar pela absolvição do acusado. Almejando-se, assim, demonstrar que o objeto processual penal é uma pretensão acusatória e que, portanto, as promotorias estatais são órgãos de promoção da justiça e não de busca incessante e injustificada por condenação.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Sistema acusatório. Direitos fundamentais. Absolvição do acusado.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the extent of the role that the Public Prosecution Service should play as an agent of promotion to the accusatory criminal procedure system and the democratic regime. In this passage, special attention will be paid to the possibility that such body receives through its own constitutional axiology, to fight for the acquittal of the accused. The aim is to demonstrate that the criminal procedural object is an accusatory claim and that, therefore, state prosecutors are organs of promotion of justice and not of unceasing and unjustified search for condemnation.

KEYWORDS: Public Prosecution Service; Accusatory system; Fundamental rights; acquittal of the accused.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA; Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Advogada inscrita na OAB/PA. E- mail: alexandra_fr12@hotmail.com.

² Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade da Amazônia – UNAMA e da FACI Devry. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Pará. E-mail: alexandre_mlr@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo primordial deste artigo é o de esclarecer qual o papel que o Ministério Público deve assumir no almejado sistema processual penal acusatório. Indaga-se, e intenta-se indicar ao menos possibilidade de respostas, acerca do que se deve esperar do órgão ministerial em um hodierno Estado Democrático de Direito. E, neste contexto, será atribuída atenção especial para a possibilidade que o *parquet* apresenta de pugnar pela absolvição do acusado; objetivando-se demonstrar que as promotorias têm como função essencial a promoção da justiça e não da acusação a qualquer custo.

Para tanto, primeiro será estudada a importância da adoção dos paradigmas do sistema acusatório e do princípio do devido processo legal como balizas para a realização de um constitucionalismo penal e para a concretização dos direitos fundamentais. Pois, este é o contexto no qual se insere – ou deveria se inserir – o regime democrático previsto pela Constituição Federal de 1988. Assim, serão esclarecidas as principais questões que giram em torno dos diferentes sistemas processuais penais, almejando-se explicar a afirmação de que o sistema brasileiro possui axiologia acusatória e; posteriormente, se adentrará mais profundamente na necessidade de observância das regras do *due process* para a garantia dos direitos e liberdade essenciais na seara criminal.

Num segundo momento, o enfoque se dará mais especificamente sobre a figura do órgão ministerial; ressaltando qual o lugar que a Carta Magna atribuiu à esta instituição, bem como a natureza jurídica ostentada pela mesma e as garantias das quais foi investida para conseguir atingir as aspirações constitucionais; garantias estas que, para alguns, podem até mesmo equiparar os membros ministeriais à figura do magistrado, especialmente em termos de autonomia e imparcialidade. Ainda neste diapasão, será estudado com mais atenção o fato de o MP ser o titular exclusivo da ação penal pública e as implicações que isto traz; principalmente a possibilidade de transformar o *parquet* em verdadeira parte *sui generis*, imparcial ou meramente processual.

Posteriormente, se adentrará propriamente no tema que se refere à possibilidade de o órgão ministerial pedir a absolvição do acusado, demonstrando-se que tal atitude também faz parte das atribuições constitucionais do referido órgão e é necessária para que o mesmo cumpra sua função de defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Neste diapasão, será ressaltado que o objeto do Processo Penal consiste em uma pretensão acusatória com o fim de fazer justiça; e não em uma pretensão puramente condenatória e penalizadora. Assim como, também será defendido que não pode haver condenação por parte do julgador sem acusação prévia e permanente por parte do MP.

Por derradeiro, conclui-se que para a real efetivação de um Estado Democrático, todos os envolvidos na relação processual penal devem assumir seus papéis constitucionalmente demarcados. De modo que, em consonância com a axiologia da atual Carta da República, o órgão ministerial deve assumir postura de maior resguardo, no sentido de não procurar atender a todo e qualquer interesse estatal e governamental; mas

também se mostrar mais ativo na defesa dos anseios sociais, das garantias do acusado e dos direitos fundamentais; tornando-se peça mais do que relevante para que o Processo Penal atinja seu fim de justiça.

2 SISTEMA ACUSATÓRIO E *DUE PROCESS* COMO PARADIGMAS PARA A EFETIVAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO PENAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em termos processuais penais, a maior parte da doutrina nacional considera dois sistemas processuais: o inquisitivo e o acusatório os quais possuem traços próprios que os distinguem, tornando-os opostos. Na visão de Juan Montero Aroca (2015, p.06), tais sistemas não devem ser vistos como um meio pelo qual se configura o processo, inquisitivo ou acusatoriamente, mas sim, como sistemas de aplicação do Direito Penal pelos tribunais, sendo um extrajudicial, por não utilizar o processo para a aplicação penal (inquisitivo), e outro judicial, ou seja, processual (acusatório). Há, ainda, quem considere existir um terceiro sistema processual penal: o misto, posto que conjugaria elementos dos dois sistemas originais supramencionados. Mas, nas palavras do processualista Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2010, p.01): “Todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos. Isto significa que não há mais sistemas puros, ou seja, na forma como foram concebidos”.

O sistema inquisitorial teve sua origem no século XIII no contexto das inquisições e julgamentos realizados pela igreja católica para punir aqueles apontados como pecadores. Caracteriza-se, portanto, por ser um sistema no qual as funções processuais de julgar, acusar e defender se concentram na mão de uma única pessoa, tida como juiz inquisidor, o qual também possui amplo domínio e iniciativa probatória. Tal postura decorre do fato de que o acusado não é visto como sujeito de direitos, mas apenas como objeto do processo, do qual deve ser extraída a verdade a qualquer custo. Por suas próprias características originais, o sistema inquisitivo, que comporta inclusive a tortura, é adotado, via de regra, em regimes ditatoriais e o foi, durante muito tempo nos Estados absolutistas e mesmo em grande parte dos Estados modernos. Entretanto, com o advento da democracia, verifica-se em âmbito mundial grande tendência à adoção do sistema acusatório que se mostra mais compatível com o mencionado regime político.

Já o sistema acusatório originou-se na Inglaterra sob o reinado de Henrique II e tem por características a separação das funções de acusar, defender e julgar; a gestão das provas concentradas nas mãos das partes e a garantia de que o acusado estará sob o manto dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (LIMA, 2014, pp.45-46). Atualmente, no que diz respeito à maior parte dos manuais de direito processual penal, o Brasil adota, em razão de seu regime político democrático, o sistema acusatório que se coadunaria perfeitamente com os princípios constitucionais deste Estado Democrático de Direito. Entretanto, é pacificado o entendimento de

que o sistema penal brasileiro não é puro, tratando-se de uma aspiração acusatória com resquícios veementes de inquisitivismos, ao ponto de alguns chegarem a dizer que o sistema brasileiro possui como base o inquisitivismos, travestido, apenas, de sistema acusatório (COUTINHO, 2010, pp.07-08).

Aury Lopes Júnior (2014, p.214), por sua vez, defende que o sistema penal adotado pelo Brasil, especialmente após a Carta Magna de 1988, é o acusatório, apesar de tal adoção não se fazer expressamente presente no texto constitucional, pois, segundo o autor, a consagração do sistema acusatório no ordenamento pátrio não se dá pela letra da lei, mas sim pela interpretação sistemática da Carta Magna que, enquanto uma Constituição democrática, pede um sistema de aplicação da pena que valorize a dignidade da pessoa humana, pressuposto essencial de um Estado Democrático.

2.1 O processo penal brasileiro em cima do muro: inquisitivo, acusatório ou misto?

É fato que o processo penal brasileiro vem, paulatinamente, tentando ajustar-se aos moldes e princípios do sistema acusatório. Tanto o faz que, com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou previsto no art.129, I a titularidade exclusiva do Ministério Público sobre a ação penal pública. Tal enunciado revogou os dispositivos que, até então, autorizavam a instauração do processo por portaria ou auto de prisão em flagrante e também extinguiu a possibilidade de outros órgãos públicos oferecerem denúncia penal (FERNANDES, 2012, p.193). Nesta mesma linha, a Lei 11.719/2008 alterou os arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, visando adequá-los sobremaneira ao sistema acusatório. Contudo, permaneceu intacto o art.385 do referido CPP, o que demonstra claramente a presença de resquícios inquisitivistas no processo penal pátrio. A própria Carta Magna delega ao MP o domínio exclusivo da ação penal pública, subentendendo-se que o *Parquet* dela poderá dispor da maneira que se demonstrar mais adequada para o cumprimento da justiça, a qual deverá ser alcançada, quer pugnando-se pela condenação, quer solicitando-se a absolvição do acusado.

A grande questão é que o modelo de processo penal previsto na Constituição é acusatório; entretanto, o CPP, até mesmo em razão das influências fascistas recebidas do Código italiano, ainda é, em sua grande parte, inquisitivista; motivo pelo qual diversos dispositivos do atual CPP necessitam ser alterados para entrarem em acordo com as aspirações constitucionais, ou serem banidos do ordenamento legal (LOPES JÚNIOR, 2014, p.214). Destarte, normas de caráter inquisitivo são substancialmente inconstitucionais, como ainda o são determinados dispositivos do CPP; por este mesmo motivo, não se pode aceitar um sistema misto já que este seria parcialmente inconstitucional. Portanto, para serem constitucionais, as leis processuais penais devem estar de acordo com as diretrizes do modelo acusatório e este, por sua vez, deve se pautar nas garantias fundamentais e na democraticidade (LOPES JÚNIOR, 2014, P.119).

O sistema acusatório, em sua aplicação pura e eficaz, possui preceitos essenciais que o distinguem do inquisitorial e o aproximam dos procedimentos mais adequados para a plenitude de um Estado democrático de direito. Uma das diretrizes basilares deste sistema acusatório, e, talvez a mais notória, é a presença de partes distintas e a separação das funções processuais: a chamada tríade processual. De um lado, a acusação, de outro, a defesa e, como árbitro imparcial desta oposição, o juiz. No sistema inquisitorial, o juiz possui a função de acusar; no sistema acusatório, existe uma parte distinta e encarregada de tal tarefa, de modo que o magistrado é deslocado para o centro do processo, posicionando-se no intermédio das partes (PRADO, 2005, p.175). Assim, o essencial para a caracterização de um sistema acusatório é a existência de uma acusação prévia e a exigência de que a figura de quem sustenta a acusação não se confunda com a do julgador (RIOS, 2015, p.01).

Observa-se, portanto, que o sistema acusatório apresenta diretrizes claras que posicionam diretamente os sujeitos processuais: O MP, como dito reiteradamente, alocando-se no papel de acusador, possui domínio exclusivo da ação penal pública, enquanto que, o julgador, deve atuar de maneira equidistante em relação às partes para manter sua imparcialidade. Entretanto, a mistura de sistemas, contemplada pela legislação pátria, impossibilita que tais partes permaneçam nos lugares que lhe foram demarcados. Atualmente, o *Parquet* está aquém de suas reais funções enquanto o juiz está se despidendo da imparcialidade, que lhe é inerente, para assumir-se como acusador, num verdadeiro Direito Penal do ódio e da punição a qualquer custo.

2.2 O devido processo penal como instrumento para a garantia da efetivação dos direitos fundamentais na seara criminal

Antes de adentrar especificamente na temática processual, faz-se necessário compreender a importância do Processo Penal como instrumento para garantir a efetivação dos direitos fundamentais na seara criminal; tendo em vista que o Direito Penal, por sua própria natureza sancionadora, criminalizadora e restritiva de direitos e liberdades, é um campo fechado (DELMAS-MARTY, 2005, p.31). O Direito criminal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos e, justamente por isso, exige um uso especial, racionalizado e bem calculado (YACOBUCCI, 2015, p.226). O Penal é taxativo, não é negociável, não pode ser flexibilizado sob pena de ferir direitos e garantias de forma irreparável. Portanto, para interpretar e aplicar direitos fundamentais na esfera penalista, é necessário cercar todo o procedimento com o máximo de garantias constitucionais.

Trabalhando ao lado dos direitos fundamentais as garantias são as técnicas concebidas pelo ordenamento para reduzir o abismo entre o dever-ser normativo e a efetividade do que realmente é, possibilitando a máxima eficácia dos direitos fundamentais em todas as searas jurídicas (FERRAJOLI, 2011a, p.25). Ocorre que, a

relação dos direitos subjetivos com as garantias que os correspondem se dão de maneira diversa entre os direitos patrimoniais e os de caráter fundamental. A relação entre direitos de patrimônio e as normas que os garantem é quase que simultânea, pois, v.g, o débito de um vem junto com o crédito de outro. Entretanto, na seara fundamental, em razão das características peculiares dos direitos, como a universalidade; é muito difícil embutir no teor dos próprios direitos as garantias que lhe fazem jus. Portanto, na maioria das vezes, para serem garantidos, os direitos fundamentais requerem a edição de normas específicas que servirão de instrumento para sua efetivação (FERRAJOLI, 2011b, pp.114-115). E, é justamente isso que ocorre na esfera do Direito Criminal, aonde, por exemplo, a norma que proíbe o homicídio visa garantir o direito à vida; e as normas processuais que garantem ao acusado um julgamento justo, objetivam resguardar à liberdade e a integridade física do mesmo.

Sendo assim temos que, o processo, enquanto conjunto de atos jurídicos concatenados e destinados à obtenção de um provimento jurisdicional, seja ele de qualquer espécie, constitui, por si só, uma garantia fundamental atribuída aos cidadãos pela Carta Magna. E, especialmente na seara criminal, é garantia de que o indivíduo terá um meio de reparar ilegalidades e lesões contra ele cometidas, além de assegurar que a sociedade não mais se sujeitará à lei de Talião, evitando a autotutela dos litígios e a justiça feita pelas próprias mãos. Superado o período de vingança privada, aonde o crime era vingado pelas próprias mãos da vítima, sem a intervenção de um terceiro imparcial e, entrando em cena a penalização estatal, com a composição dos litígios pelo Estado, o processo surge como modo de execução e mesmo de limitação dos *jus puniendi*³ e do *jus persequendi* estatal⁴.

Fica latente, portanto, que o Processo Penal é o instrumento apto para que o Direito Penal seja concretizado dentro dos parâmetros axiológicos propostos pela Carta Constitucional e com observância aos direitos fundamentais. E, este é o fundamento pelo qual a quase unanimidade da doutrina criminal adota a Teoria da instrumentalidade do Processo Penal⁵. Entretanto, Aury Lopes (s.a, p.06) acrescenta mais uma característica à mencionada tese, ao afirmar que a instrumentalidade do processo penal é garantista – trazendo as ideias garantistas do italiano Ferrajoli para o direito criminal, por se tratar de instrumento para a proteção dos direitos e a efetivação das garantias constitucionais, quais sejam: legalidade, anterioridade, ofensividade, ampla defesa, contraditório e imparcialidade judicial (LOPES JUNIOR, s.a, p.08).

Nos moldes apontados pelo constitucionalismo garantista, estão lançadas as bases para o desenvolvimento de um devido processo legal penal capaz se assegurar às partes e, principalmente ao réu, um procedimento penal correspondente ao maior grau possível de tutela das garantias e direitos, diminuindo consideravelmente a possibilidade do

³ Direito de punir do Estado, aplicando penalidades aqueles que descumprem as normas penais.

⁴ Direito estatal de promover a perseguição e punição do autor de um delito.

⁵ Teoria que entende que o processo penal é instrumento que possibilita a correta e concreta realização das normas de direito penal material.

cometimento de injustiças e o sofrimento causado pelo processo judicial, pois o simples desenrolar deste já é uma pena em si mesmo (GLOECKNER, 2009, p.210). Assim, a Constituição Federal brasileira assegura que nenhum acusado sofrerá com a pretensão punitiva estatal sem o apoio de um devido processo legal⁶; endossado pela possibilidade de ampla defesa e pelo direito ao contraditório. Nereu José Giacomolli (2014, p.79) conceitua o devido processo legal, enquanto cláusula inserida no ordenamento jurídico nacional, como um “guarda-chuva”, por ter a função de abrigar em si mesma uma gama de direitos, de deveres, de garantias, de princípios e de regras, de maneira explícita ou implícita, possuindo amplitude nacional ou internacional.

O devido processo penal é, portanto, aquele que se adequa ao modelo constitucional, o qual, por sua vez, informa o modo pelo qual o processo deve se desenvolver, bem como delimita a atuação dos agentes processuais, cuidando para que o sistema penal gire em torno de um eixo democrático e *pro homine*⁷; constituindo-se em um processo que é devido, nos moldes da Carta Magna nacional (GIACOMOLLI, 2014, p.78). Portanto, pode-se afirmar que, com o advento da Constituição de 1988, delineou-se uma nova ordem jurídica democrática, que transformou o processo penal de mero instrumento para condenação e aplicação de penas em um meio de tutela de direitos fundamentais (GIACOMOLLI, 2014, p.80).

2.2.1 A importância do procedimento penal para o resguardo e efetivação dos direitos fundamentais

As garantias processuais funcionam como uma das muitas dimensões dos direitos fundamentais; contudo, a dimensão processual pode ser considerada como a mais importante dentre as demais, uma vez que, como já mencionado, o processo é o instrumento capaz de disciplinar os procedimentos para a solução satisfatória de problemas jurídicos. Já ao tempo da obra “Teoria dos direitos fundamentais” de Robert Alexy (2011, p.470), falava-se na conexão inevitável e intransponível entre direitos fundamentais, organização e procedimento, aonde o autor ressalta que o *due process* é a face procedimental da liberdade constitucional, seguindo o pensamento lançado pelo Filósofo Alemão Peter Häberle, em 1972. Sendo assim, a organização ou o procedimento seria o meio mais eficaz para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais. Dessa forma, para a realização de um devido processo penal, deve ocorrer, e tem ocorrido, a materialização do direito processual, condicionado às determinações constitucionais e à procedimentalização do direito material (ABADE, 2005, pp.112-113).

Ressalta-se que, para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente do ponto de vista criminal, não é suficiente apenas a existência do processo e o exercício da jurisdição pública, com o escopo de se afastar a vingança privada e a consequente retribuição do mal com o mal. Mas, para que tal instrumento de resolução de conflitos

⁶ Cf. Art. 5º, LIV da Constituição Federal da República de 1988.

⁷ De caráter humanitário.

tenha concretude, é necessário enxertá-lo com diversas garantias que tornem a solução de conflitos judiciais menos arbitrária, já que tal impasse é decidido por um ente estatal estranho à relação das partes e aos deslindes do fato. Para que o Processo Penal seja considerado devido e legal, é necessário, portanto, que dele decorra a garantia da paridade de armas entre acusação e defesa, de modo que autor e réu possuam as mesmas oportunidades de argumentação e produção de provas.

Destarte, é cabível que, em situações que o exijam, uma das partes receba tratamento especial para compensar possíveis situações de desequilíbrio processual, numa demonstração de respeito ao princípio da igualdade material, cujos desiguais serão tratados na medida de suas desigualdades. Tal necessidade de igualdade entre as partes também se apresenta em razão das funções constitucionalmente atribuídas ao Estado: investigar, acusar e julgar, o que coloca o ente estatal em posição de larga vantagem em relação ao réu (ABADE, 2005, p.131). Destarte, não é aceitável qualquer exercício arbitrário do poderio estatal que, por sua vez, deverá ser limitado por instrumentos e garantias disponibilizados aos indivíduos pela cláusula do devido processo legal.

Da reflexão acerca de tal enunciado decorre a seguinte proposição: para que seja preservada a igualdade processual, o juiz deve abster-se de exercer atividades substitutivas das funções acusatórias (PACELLI, 2012, p.139). Para tanto, retorna-se à necessidade de um processo garantidor da redução da arbitrariedade ou discricionariedade judicial e apto a fomentar a independência da magistratura e as funções constitucionais do julgador (LOPES JUNIOR, s.a, p.02). Esta sujeição do juiz à Constituição e, como consequência, seu papel de garantidor dos direitos fundamentais é o principal fundamento atual da legitimidade da jurisdição e da independência do poder judicial com relação aos demais poderes; uma vez que estes são poderes de maioria e, como já mencionado, os direitos fundamentais estão garantidos a todos e cada um de maneira incondicionada; sendo oponíveis, inclusive, contra a maioria (FERRAJOLI, 2011a, p.26).

Neste contexto, enxerga-se também a atuação do Ministério Público, no papel de promotor da ação penal pública, como uma garantia processual que, seria tanto uma garantia da coletividade, pois o MP tutela os direitos constitucionais difusos e coletivos; assim como uma garantia de ordem individual, já que o acusado conta com a certeza da propositura da ação pública por órgão imparcial e competente para tanto. E, é neste diapasão, que tem se desenhado, na doutrina, uma ideia de devido processo penal, que se relaciona, inevitavelmente, com o sistema acusatório penal, posto que ambos pressupõem a observância às mesmas garantias constitucionais: acesso à justiça, imparcialidade judicial, ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes, entre outras. No confronto constante que existe no processo penal entre *jus puniendi* estatal e *jus libertatis* individual, deve-se buscar um equilíbrio entre os interesses do Estado e do cidadão já que, sob a égide de uma democracia, não devem ser opostos, mas sim, complementares.

Para um correto desenvolvimento do devido processo penal, faz-se mister que isto ocorra sobre os paradigmas do sistema acusatório, posto que este é o que melhor

comporta as garantias processuais inerentes à cláusula do *due process*, já que o sistema inquisitório rompe, sem cerimônias, com a imparcialidade judicial e a tríade processual, pilares de um processo contemporaneamente justo. Assim, por mais que adequar os códigos penais à axiologia constitucional esteja sendo um processo dificultoso no Brasil – pelos motivos que serão analisados a seguir – as chaves para este Processo Penal constitucional são, justamente, a maximização da proteção aos direitos fundamentais e a delimitação da atuação dos sujeitos processuais de maneira isonômica, com exercício do contraditório e sob o olhar atento de um juiz garantidor e imparcial (LOPES JUNIOR, s.a, p.85).

3 A VISÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O ÓRGÃO MINISTERIAL

Repetido é o discurso quando se fala do Ministério Público: Instituição essencial à atividade jurisdicional do Estado, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais disponíveis, e da correta aplicação da lei, nos moldes do art.127 da Constituição Federal. Entretanto, tais funções ministeriais devem ser refletidas, uma vez que são de fulcral relevância para a definição do papel que o *Parquet* deve assumir numa democracia e num sistema penal acusatório.

Primeiramente, é necessário que se compreenda o sentido literal do enunciado constitucional: o que seriam a ordem jurídica e a correta aplicação da lei pelas quais o órgão ministerial deve pugnar? A ordem jurídica é a instaurada pela própria CF/88, motivo pelo qual deve ser o parâmetro para a atuação deste na representação dos interesses da coletividade, enquanto a correta aplicação da lei refere-se a uma interpretação legal nos moldes do sistema acusatório (BUSATO, 2010, p.134).

Ocorre que no processo de aplicação da lei, carregando as previsões constitucionais para a prática, a norma escrita é apenas um dos muitos indicadores de justiça e, para que se possa falar em uma correta aplicação, o MP deve levar em conta os anseios sociais e a axiologia constitucional (GOULART, 1998, p.99). Só assim é que se poderá falar em uso democrático do Direito e, logicamente, poderá se contribuir para a construção do ainda tão sonhado Estado Democrático de Direito.

Como afirma Samantha Meyer-Pflug (2012, p.187), pode haver Ministério Público tanto em regimes democráticos quanto autoritários; mas a diferença é que, em um sistema ditatorial, o MP será instado a perseguir os inimigos do regime, enquanto que, no sistema democrático, deverá defender os direitos fundamentais e os princípios constitucionais. Só se pode falar em verdadeira autonomia ministerial, portanto, em democracias; onde o *parquet* terá liberdade para acusar e processar inclusive os membros do governo.

A Carta Constitucional criou o MP para ser uma extensão da sociedade e da representação de seus interesses, ainda que dentro do organismo estatal (GONÇALVES, 2013, p.79). Assumindo-se como membro da sociedade civil, então, o órgão ministerial deve, assim como os demais organismos integrantes do movimento social, lutar pela

concretização dos direitos fundamentais já previstos e também pela consagração de novas garantias que incluam as minorias não alcançadas pelas previsões tradicionais (GOULART, 1998, p.96).

Marcelo Goulart (1998, pp.100-101) sintetiza o que se deve esperar da atuação do *parquet* numa Democracia Constitucional: a luta pelo cumprimento das leis já existentes, porém sem eficácia social; a defesa dos princípios constitucionais e das possibilidades de interpretação que estes podem oferecer em diferentes situações concretas; a indicação e indagação das contradições e lacunas legais. Pois, com a adoção deste tipo de postura, obter-se-ia a democratização do acesso à justiça e a maior efetividade e consequente recuperação da credibilidade do sistema de justiça.

3.1 Natureza jurídica e garantias institucionais: possibilidade de equiparação com a magistratura

Por outro lado, o que a Constituição não define é a natureza jurídica do órgão ministerial; e esta questão gerou polêmica na doutrina durante muito tempo. Ocorre que, apenas o fato de que o MP deve zelar pela correta aplicação legal, não o faz uma extensão do Poder Legislativo; também não há que se falar em órgão do Poder Judiciário, porque este não possui competência para julgar com definitividade conflitos de interesse; por fim, não se trata de órgão do Poder Executivo, porque, apesar de exercer função que se insere entre os atos de administração do Estado, o MP não tem o dever de servir ao Governo instituído, podendo, inclusive se posicionar contrariamente às decisões deste para garantir a aplicação da lei. Logo, pode-se afirmar que a instituição ministerial possui, na verdade, natureza independente com relação aos demais poderes estatais; até porque, para cumprir com seu encargo constitucional de fiscalizar com imparcialidade todos os Poderes, o MP necessita desta independência (MAZZILI, 2002, pp.465-467).

É visando assegurar a plena possibilidade de exercício de suas funções que a Constituição atribui completa autonomia ao órgão ministerial, evitando que este necessite se submeter de algum modo às outras instituições estatais que deve fiscalizar. É a autonomia que irá possibilitar que o MP desenvolva o exclusivo papel de defensor do povo (GOULART, 1998, p.95). E, é visando instrumentalizar esta autonomia que a Carta Magna confere uma série de garantias e benefícios à Instituição e aos seus membros, tais como: unidade, invisibilidade e independência (MEYER-PFLUG, 2012, pp.185-186). Tais garantias decorrem, então, do fato de o *parquet* ser responsável por um dos mais importantes valores e objetivos estatais: a democracia.

A previsão expressa das funções ministeriais na Carta de 1988 equiparou o referido órgão à magistratura, fazendo com que este deixasse de simbolizar mera acusação representativa do Estado e passasse a caracterizar-se, principalmente, pela imparcialidade, adjetivo primordial da magistratura. Neste contexto, o MP configura-se como fiscal da lei, cujo objetivo é a defesa da legalidade, independente do interesse de

qualquer das partes (ABADE, 2005. p.11.). Dotado constitucionalmente de autonomia e de independência funcional, o órgão ministerial tornou-se hodiernamente, nos dizeres de Denise Abade (2005, p.14), “o defensor da sociedade em juízo”. É justamente para que o *parquet* arque com seus encargos constitucionais que não está submetido a nenhum dos três poderes estatais, tendo o dever de fiscalizá-los e, no âmbito do processo penal, promover a ação penal pública contra os governantes estatais e membros do legislativo, caso haja a necessidade (MAZZILI, 2002. pp. 466-467).

Verifica-se que o texto constitucional consagrou ao lado do princípio do juiz natural também o promotor natural, ao equiparar mais uma vez o MP à magistratura, partindo-se do raciocínio de que, se toda pessoa tem direito de ser julgada por juiz competente e previamente constituído, também será acusada por promotor competente para fazê-lo de forma pública, legal e justa. Esse é o entendimento para afirmar que o art.5º, LIII da CF/88 garante que o acusado será processado por membro ministerial que, antes da ocorrência do fato delituoso, já possuía atribuição legal para fazê-lo (FERNANDES, 2012, p.232). Elucida-se que o mencionado inciso constitucional utiliza o verbo “julgar” para referir-se ao juiz natural, designando-lhe o dever de sentenciar, mas usa o verbo “processar” para indicar que somente o *parquet* pode mover a ação judicial, processando o autor por delitos de ação penal pública (NERY JUNIOR, 2002, p.94).

3.2 A titularidade da ação penal pública e o mp como parte *sui generis*

O jurista e Magistrado Francês, Antoine Garapon (1999, p.236) já dizia que o papel que deve ser assumido pelo MP na sociedade democrática atual é capaz de realizar a interface o ente estatal e a sociedade, sopesando a política pública e as situações individuais. E, é agindo deste modo que se poderia atribuir um sentido genuíno ao termo “ação pública”. Assim, tem-se que a atribuição de titularidade para a propositura da ação penal pública pelo órgão ministerial tornou-se uma condicionante ao poder punitivo estatal, que, não mais pôde ser exercido de maneira arbitrária. Sendo assim, ao decidir sobre a propositura ou não da ação, o MP exerce uma “parcela direta da soberania do Estado” (MAZZILI, 2002, p.467). Entendendo que não há base para a propositura de uma ação penal e, deixando de fazê-la, o próprio Estado soberano condiciona seu poder punitivo (MAZZILI, 2002, p.468). Portanto, se um órgão estatal – consubstanciado no MP- decide pelo não prosseguimento da pretensão acusatória, não assiste razão para que outro órgão, representante deste mesmo Estado – qual seja, o juiz- venha a ignorar tal decisão e persista na condenação do acusado.

Assim, verifica-se que, dentre as funções atribuídas ao MP, a decisão acerca da propositura da ação penal pública é a única que lhe compete privativamente, pois as demais podem ser realizadas por outros legitimados. É também a única hipótese em que o *parquet* decide com definitividade acerca do exercício do *jus puniendi estatal*, sendo titular do poder acusatório e de parcela da soberania estatal, limitando os poderes do ente

estatal quando deixa de acusar (MAZZILI, 1998, p.64). Tal raciocínio deve ser utilizado ainda, quando o órgão ministerial pede a absolvição do acusado ao perceber que, ao fim da apuração processual -e não a nível de inquérito policial- não restam comprovadas a materialidade e a autoria delitivas.

Nesse diapasão, é evidente que o MP, ao assumir a missão que lhe foi atribuída pela Carta Magna em seu art.129, I, incorpora também um papel de parte na relação processual. Contudo, faz-se mister salientar que tal posicionamento partidário não visa a interesses do órgão do Ministério Público em si, mas sim, da coletividade, o que transforma o MP em uma parte *sui generis* (CRUZ, 2013, p.69). O MP deve dar o *start* na ação penal pela qual pretende um provimento judicial e concomitantemente vigiar para que a mesma esteja dentro dos moldes legais (BUSATO, 2010, pp.149-150).

O órgão ministerial deve assumir a função de acusador, sub-rogando-se no lugar do ofendido por duas razões principais: primeiro, porque a existência de qualquer processo penal exige uma parte acusadora, sendo assim, se o ofendido opta por não realizar tal acusação, o crime que atinge indiretamente a sociedade ficaria impune; segundo, porque o ofendido poderia acusar a outrem, movido, não pelo sentimento de justiça, mas sim, por ambições pessoais ou até mesmo por vingança, desvirtuando a função do procedimento penal (AROCA, 1994, p.532). Uma vez que o Estado é responsável por manter a ordem e a segurança pública, não sendo capaz de impedir a ocorrência de crimes, procura evitar ao menos a vingança por parte da vítima, na tentativa de sustar a instauração de um ciclo vicioso de delitos contextualizados (BINDER, 1999, p.323). Portanto, o MP é fruto de uma criação jurídica para atuar enquanto parte, respeitando princípios e observações legais.

Sendo assim, o *parquet*, ao mesmo tempo em que defende os interesses sociais, necessita resguardar a ordem jurídica, devendo realizar, duas funções que se entrelaçam: assumir ônus e bônus de ser parte, e fiscalizar a regularidade do processo com cumprimento legal. Do ponto de vista técnico processual, o MP é uma parte propriamente dita, já que propõe a ação; produz provas e pratica os demais atos processuais que lhe competem. Entretanto, no sentido moral e subjetivo, o órgão ministerial deve ser tido como imparcial, já que necessita pugnar pela correta aplicação legal (MAZZILI, 2011, *passim*). Portanto, no processo penal, o MP é parte formal, pois arca com ônus e bônus processuais de ser parte; contudo, não é parte material, já que não possui, ao menos em tese, interesse particular na punição do outro, representando, apenas, um interesse abstrato da coletividade (MAZZILI, 2011, pp.167-168).

No ordenamento jurídico penal brasileiro, especialmente com a adoção do sistema acusatório, devem ser obedecidos nas relações processuais os princípios constitucionais garantidores máximos dos direitos de todos, seja vítima ou acusado, quais sejam: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e legalidade. Pode-se afirmar que, o papel assumido atualmente pelo MP, no processo penal, configura-se como um desdobramento direto do sistema acusatório, pois, ao exercer suas funções

constitucionais e, especialmente, processuais penais, o órgão ministerial protege as liberdades individuais e fomenta a imparcialidade judicial (ABADE, 2005, pp. 60-62).

Destarte, o *parquet* assume *status* de tutor dos interesses individuais e coletivos, devendo pugnar, principalmente, pelo cumprimento das garantias referentes ao devido processo penal, já que possui a privatividade no exercício da ação penal pública, o que atribui a prerrogativa de invocar tais garantias em favor do Estado ou do réu (ABADE, 2005, p.15).

4 POSSIBILIDADE DE PEDIR A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO

Diante do exposto, infere-se que o fato de o MP figurar como parte processual penal não o impele necessariamente à acusação ou à defesa, mas sim, ao comprometimento com a justiça e a obediência às proposições legais. Aliás, ressalta-se que, para o desenvolvimento de um processo imparcial, faz-se necessário que aqueles que interferem no procedimento para a resolução da causa sejam imparciais, salvo as partes materiais; sendo assim, deve-se exigir imparcialidade não só do julgador, mas também do *parquet*, dos peritos e auxiliares da justiça (GOLDSCHMIDT, 1950, p.04).

Portanto, enquanto “parte imparcial” no processo penal, o órgão ministerial pode opinar e recorrer em favor do acusado. Logo, fica claro que nem sempre o MP pode pugnar pela acusação do réu, já que muitas vezes não se comprova de maneira idônea a responsabilidade pelo crime praticado (ABADE, 2005, p.54). Nos dizeres de Marcelo Goulart (1998, p.85): “Como representante da sociedade e defensor do regime democrático, não interessa, evidentemente, ao Ministério Público a condenação de inocentes, tampouco a violação do devido processo legal”.

Deste modo, para cumprir funções constitucionais e validar a regularidade e a legalidade judicial, o *Parquet* assume o dever de contrariar a função primordial acusatória e pedir a absolvição do réu com o escopo de propiciar o devido cumprimento da justiça. Atuando como se descreve acima, o MP não se traveste de defesa para beneficiar o acusado individualmente; mas sim, atua como guardador da lei para evitar condenações inapropriadas e resguardar a sociedade. A função do órgão ministerial seria, portanto, não de acusação, mas sim de justiça (SCHIETTI, 2013, p.70).

Destarte, evidencia-se que a criação do papel do MP no sistema acusatório foi essencial para resguardar o princípio da imparcialidade judicial. Se o julgador permanece equidistante, inerte e imparcial, é necessário um órgão que assuma a luta pelos interesses da sociedade; provoque a jurisdição, aja ou formule acusações justas contra aqueles que comprovadamente infringiram a ordem jurídica.

4.1 O processo penal na sociedade de risco: a luta pelo direito

Não se pode ignorar, contudo, que a luta pela plena concretização de direitos não se restringe apenas às partes envolvidas no processo, posto que, no desenrolar processual, o Estado assume, por meio do órgão ministerial e do Poder Judiciário o papel mais importante, uma vez que pune legitimamente os delitos prejudiciais aos interesses individuais e, sobretudo, sociais (VON LHERING, 2011, p.36). A defesa do Direito é um dever com a própria sociedade (VON LHERING, 2011, p.45). Entretanto, numa sociedade cercada por diversas condutas e situações de risco, a função principal do Direito passa a ser controlar os riscos, já que não possui meios para se livrar deles (PRIEST, 1990, p.209). Eis os motivos pelos quais Gloeckner (2009, p.273) afirma que: “(...) O Direito promete a segurança e oferece em seu lugar probabilidades, possibilidades”.

O Direito Penal do risco se utiliza, portanto, de um Processo Penal também orientado pelos riscos (GLOECKNER, 2009, p.204). Na tentativa de controlar os riscos sociais, o processo vai ser utilizado como o meio de punir aqueles que desviam da norma padrão e criam ou fomentam os mencionados riscos. O desviante será tratado como inimigo estatal, causador da desordem e alvo necessário de reprimendas; o processo, por si só, acarretará ao acusado sofrimentos e, para que este sofrimento seja minorado, há de se enxergar o instrumento processual como meio para a redução de danos. Ou seja, para um processamento devido, há que se blindar o réu com garantias impeditivas das arbitrariedades do Poder estatal (GLOECKNER, 2009, pp.208-209).

A incerteza processual decorre de dois fatores principais: primeiramente, porque o Processo Penal demanda a reconstrução histórica de um fato passado, que nem sempre será recontado de maneira fidedigna; segundo, porque o trâmite processual carrega em si riscos endógenos que derivam das decisões tomadas pelo magistrado e pelas próprias partes na prática de seus atos processuais. A decisão do juiz decorre da apreciação das duas reconstruções históricas elaboradas pelas partes para a construção de uma terceira história, formada com base nas convicções do próprio julgador, geradas pelos liames probatórios apresentados ou não pelos interessados (GLOECKNER, 2009, pp.267-268).

Desse modo, tem-se que o julgador não é livre para dar razão a quem mais o sensibilizar ou satisfizer suas aspirações e valores pessoais, posto que, não escapará do contexto histórico, construído a partir da apreciação das provas efetivamente trazidas aos autos. Sendo assim, pode-se afirmar que a habilidade técnica das partes é crucial para fazer valer o direito postulado (LOPES JUNIOR, 2014, p.77).

Entretanto, faz-se mister salientar que, no Processo Penal, a distribuição do ônus probatório não é igual, posto que o acusado está constitucionalmente respaldado pelo princípio da presunção de inocência. Sendo assim, na ação penal pública, cabe ao MP demonstrar a culpabilidade do acusado. Se o referido órgão ministerial não se “desincumbir” de sua carga probatória, a alternativa ao magistrado será a de conceder a

absolvição. Não compete ao acusado provar sua inocência, mas sim, ao Estado, provar sua culpa (LOPES JUNIOR, 2014, p.279). Portanto, se o Estado, na figura do *parquet*, reconhecer que não possui arcabouço probatório suficiente para sustentar um pedido de condenação, não há que se vislumbrar qualquer possibilidade de que o julgador decida em tal sentido. O objeto processual penal não é a pena, pois não se baseia em uma pretensão punitiva; o objeto em questão é uma pretensão acusatória, que gira, por óbvio, em torno da acusação; e que, se desenvolvida, possibilita ao juiz o exercício do *ius puniendi*, mas, se não efetivada, impede a punição (LOPES JUNIOR, 2014, p.128).

4.2 O exercício dos poderes no processo criminal: a necessidade de acusação para que haja a condenação

Considerando que o objeto processual penal é uma pretensão acusatória, constata-se o aparecimento de dois direitos: o direito facultativo do Ministério Público de submeter o acusado ao processamento criminal; e o direito de penar, a ser titularizado pelo julgador. Contudo, como o poder de penar não pode ser exercido fora do processo, por se tratar de um direito material, fica necessariamente condicionado à realização do poder de acusar pelo órgão ministerial (GLOECKNER, 2009, p.243). Segundo Badaró (2013, p.81), se o processo é instrumento para a verificação da imputação, a sentença será o ato que confirma ou rejeita esta imputação; portanto, a sentença não pode se basear em fatos ou alegações que não façam parte da imputação.

No julgamento da ação penal, o juiz deve ficar adstrito aos termos acusatórios, para que se garanta a independência e a imparcialidade do julgamento (ABADE, 2005, p.140), previstas, não só constitucionalmente, com a adoção do sistema acusatório, mas também nos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, como a Convenção Americana de Direitos Humanos⁸. Segundo Aroca (2015, pp.74-75), a distinção entre as figuras do acusador e do julgador se apresenta através de duas consequências principais: primeiramente, não poderá haver processo se não for formulada previamente uma acusação e se esta não for proferida por órgão distinto daquele que deverá efetuar o julgamento; justamente por isto, é que o Estado deve se desdobrar no exercício do Processo Penal, fazendo-se presente na acusação, através da atuação do MP e também no julgamento, pela figura do magistrado. De outro lado, tem-se que o acusador é quem será responsável por fixar o objeto do processo, e não o magistrado, que apenas irá apreciar o objeto que lhe é apresentado, e dentro dos limites do que lhe é trazido. Portanto, o julgador não poderá condenar nem por fatos distintos dos que foram apresentados pela

⁸ Art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.”

acusação e, nem mesmo pessoa diversa daquela que foi acusada (ABADE, 2005, pp.76-77).

O poder de punir estará, inevitavelmente, condicionado à existência da acusação, em obediência aos preceitos do sistema acusatório; assim, deixando de haver imputação, a opção do magistrado por uma sentença condenatória perde o sentido. Nas palavras de Aury Lopes (2014, p.146): “Ao juiz somente se abre a possibilidade de exercer o poder punitivo quando exercido *com integralidade e procedência o ius et procedatur*”. (*grifo nosso*). Destarte, se o MP é titular da pretensão acusatória nos crimes de ação penal pública e dela não pode desistir, em razão do princípio da indisponibilidade, se este pugnar pela absolvição, o juiz estará vinculado a tal pedido. Se o acusador não exercer a pretensão acusatória na íntegra, não haverá possibilidade de que o juiz exerça o poder de punir (LOPES JUNIOR, 2014, pp.147-149).

Considerando raciocínio desenvolvido por Mazzili (2002, p.05), pode-se afirmar que, se o Estado através de um de seus órgãos originários e detentor de parcela da soberania estatal— qual seja, o MP—, resolve não mais pedir a condenação de um indivíduo, é lógico que esta decisão não deve gerar conflito de interesse com o Judiciário, que também é parte estatal. Se Estado e acusado tem interesse na absolvição, a qualquer tempo processual; não há que se falar na existência de nenhuma contraditoriedade de pretensões; diferentemente do que ocorre quando o Estado, através do parquet, pede a condenação do indivíduo e este almeja sua própria absolvição; pois, aí sim haverá conflito a demandar intervenção e resolução judicial.

Levando-se em conta o processo como uma situação jurídica dotada de riscos e envolta em incertezas, a preocupação não deve ser em relação a quem sairá vitorioso, pois tal fato se definirá no desenrolar da história processual contada pelas partes. Os esforços do aparato judicial devem se voltar para garantir a observância das regras constitucionais na construção de um devido processo legal. Portanto, o Estado deve assegurar a segurança jurídica, mesmo diante do risco e da incerteza. Ressalta-se que tais garantias não objetivam impunidade, mas sim, delimitar o poder punitivo estatal (LOPES JUNIOR, 2014, p.67).

Seja o sistema penal inquisitivo ou acusatório, estará inevitavelmente sujeito a falhas, a riscos e a incertezas, entretanto, é mais justo um sistema acusatório regido por diretrizes garantistas e, algumas vezes, sujeito a falhas no controle das liberdades individuais, do que um sistema autoritário no qual os inocentes pagam por crimes que não cometeram (LOPES JUNIOR, 2014, p.68). Independente do teor da sentença proferida — condenatória ou absolutória — o processo terá realizado sua função, posto que a mesma está muito mais relacionada à concretização das garantias constitucionais e à efetivação dos direitos fundamentais do que à mera realização de fins persecutórios (GLOECKNER, 2009, p.250).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção principal apresentada neste escrito foi de discutir a amplitude do papel do Ministério Público numa realidade acusatória para demonstrar que no contexto do Estado Democrático de Direito atual, que prega e busca efetivar um sistema processual penal acusatório; o papel do *parquet* foi renovado. Este não pode ser mais visualizado apenas como uma instituição que deve perseguir os interesses estatais e servir às aspirações governamentais – como o foi durante muito tempo –, atrelado, portanto, ao Poder Executivo. Hoje o órgão ministerial é reconhecidamente independente dos demais Poderes estatais; e tem como função primordial e inderrogável a defesa dos anseios sociais, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, o principal enfoque que se objetivou atribuir foi à possibilidade de o MP pedir a absolvição do acusado; pois, tal instituição estatal trata-se de uma promotoria de justiça, e não de uma promotoria de acusação, e muito menos de condenação. Deste modo, o sistema acusatório e o devido processo legal devem ser os paradigmas e as balizas para a atuação do órgão ministerial. Pois, assim é que se pretende efetivar um constitucionalismo penal, uma concretização dos direitos fundamentais e uma efetiva democracia. Apesar de ser possuidor de parcela significativa da soberania estatal, o *parquet* não serve aos governantes do Estado, mas sim ao regime democrático.

Sobretudo na seara criminal o MP apresenta uma função ainda mais importante no resguardo dos direitos e garantias fundamentais; pois o campo penal é muito delicado, uma vez que trabalha com liberdades de natureza essencial. Portanto, principalmente nesta área de atuação, o órgão ministerial deve ter ainda mais parcimônia na sua atuação, no sentido de não vilipendiar direitos e garantias do acusado; e, ao mesmo tempo, deve apresentar um posicionamento mais ativo e efetivo para realizar o cumprimento das fundamentalidades, seja do acusado, da vítima ou da sociedade em geral, que busca segurança pública e segurança jurídica.

A Constituição de 1988, então, ao contrário de muitas que a precederam; trouxe o *parquet* não como instrumento de perseguição dos inimigos estatais, mas sim como mais um meio de promoção da democracia, do sistema acusatório e da axiologia constitucional. E, é justamente em razão disto que a própria Carta Magna atribuiu ao MP uma série de garantias e prerrogativas; sobretudo a autonomia e a independência com relação aos demais poderes estatais. Do ponto de vista, então, da mencionada autonomia e da imparcialidade moral, o órgão ministerial é equiparado à magistratura; pois ambos são instituições estatais que objetivam fazer justiça, seja através de uma condenação ou de uma eventual absolvição.

Em razão disto é que, quando a CF/88 atribui ao *parquet* a titularidade exclusiva da ação penal pública, a mesma está a reconhecer que este último é sim uma parte do processo. Contudo, trata-se de uma parte diferenciada, pois não há que se falar na existência de interesse pessoal contrário ao do acusado. O interesse ministerial corresponde – ou deve

corresponder – ao interesse social. Assim, havendo provas para a condenação, lutar-se-á pela condenação; mas não havendo indícios de autoria e materialidade para tanto, deve-se pugnar pela absolvição do acusado. E sim, o MP possui essa prerrogativa, ele apresenta constitucionalmente esta possibilidade.

E por que isto acontece? Porque a pretensão que é objeto do Processo Penal possui um cunho acusatório, não se tratando, portanto, de uma pretensão condenatória. Então, o Processo Penal é um instrumento de elucidação da verdade possível e de realização da justiça; reiterando-se que tal justiça poderá advir da condenação ou da absolvição do acusado; pois, absolver inocentes de uma acusação infundada, também significa fazer justiça.

Por fim, ressalte-se que, para que haja condenação, deve haver prévia acusação por parte do órgão ministerial; e esta acusação não apenas necessita ser prévia, como também precisa ser mantida no decorrer da instrução processual, pois, de início, quando do oferecimento da denúncia, o *parquet* não está munido de certezas suficientes para lutar por uma condenação cabal. Ele oferece a denúncia justamente para ver a situação e suas convicções esclarecidas no decorrer do procedimento penal. Contudo, se o processo criminal e a análise das provas apontarem que não fundamentos para sustentar a condenação, o MP pode sim pedir a absolvição; e este pedido necessita ser acatado pelo magistrado. Pois, não há como este último manter uma condenação que foi abandonada pelo próprio titular da ação penal e nem almejar mediar uma situação aonde não há mais conflito de interesses entre as partes, sob pena de se despir de sua necessária imparcialidade.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal** acusatório: O novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de janeiro: Renovar, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

AROCA, Juan Montero. **El principio acusatorio entendido como eslogan político**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol.1, n. 1, p. 66-87, 2015. pp.74-75.

BADARÓ, Gustavo Henrique R.I. **Correlação entre acusação e sentença**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p.81

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2 ed. Buenos Aires: Ad. Hoc, 1999.

BINDER, Alberto M. **La garantía procesal penal y el principio acusatorio**. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. nº 1. 1994. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/28.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2015.

BUSATO, Paulo César. **De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias**: Um Estudo sobre os Sujeitos no Processo em um Sistema Acusatório. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org.).

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo Processo Penal à Luz da Constituição**: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). **O novo Processo Penal à Luz da Constituição**: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório**: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente demarcado. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.).

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DELMAS-MARTY, Mirreile. **A imprecisão do Direito: Do Código Penal aos Direitos humanos**. Tradução Denise Radanovic Vicira. Barueri, SP: Manole, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e y garantías**: la ley del mas débil. S.I. Editorial Trotta. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2011.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: O guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPODIVM, 2009.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso**. Revista de direito procesal 2, Madri, 1950.

GONÇALVES, Janaina Rodrigues. **Ministério Público e o Estado Democrático de Direito**: importância de uma instituição autônoma e permanente na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v. 08, n.01, jul. 2013.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: Teoria e Práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. [s.a.] Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf . Acesso em: 06 set. 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.214.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, v.91, n.805, p.464-471, novembro. 2002.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILI, Hugo Nigro. **O Ministério Público é parte imparcial?** Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, v.289, n.913. 2011. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/>. Acesso em: 28. mai. 2015.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O Ministério Público Federal na Constituição Federal de 1988**. 24 out. 2012. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/46/29 Acesso em: 20 jan. de 2018.

NERY JUNIOR, NELSON. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PACELLI, Eugênio. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRIEST, G. L. **The new legal structure of risk control**. In: Daedalus, vol.119, n.04. Chicago, 1990.

RIOS, Pilar Martin. **Sistema acusatório: Las partes del proceso**. Disponível em: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20LAS%20PARTES%20DEL%20PROCESO%20%28Dr.%20Pilar%20Mart%C3%ADn%29%20Modulo%20VI.pdf> . Acesso em: 24. mar.2015.

VON LHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 24 ed. Rio de janeiro: Forense, 2011.

YACOBUCCI, G. J. **Limites racionales al derecho penal**. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo. Ciências criminais em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

REAFIRMANDO OS FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO ESTATAL A PARTIR DE UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA DAS POLÍTICAS DE DESENCARCERAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

REAFFIRMING THE FOUNDATIONS OF STATE PUNISHMENT FROM A CRITICAL CONCEPTION OF THE DISREGARDING POLICIES OF THE SUPREME FEDERAL COURT

ANDRÉ CAVALCANTI DE OLIVEIRA¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é discutir a política de desencarceramento promovida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo refratário as ideias garantistas e abolicionistas que fundamentam tal medida. Partindo-se desta premissa, discute-se as falácias estatísticas que demonstram um quantitativo expressivo de presos. A análise da legislação pátria demonstra que a pena de prisão é reservada apenas para os crimes cujo bem jurídico protegido são reputados os mais relevantes, ou para os criminosos reincidentes. Apresentam-se ainda argumentos dogmáticos a justificar a necessidade de prisão como garantia de proteção do sistema jurídico e da paz social. Empregam-se ainda elementos de outras áreas do conhecimento, numa breve análise sistêmica, da teoria econômica do direito, da teoria das janelas quebradas e da psicologia, a encontrar pontos em comum que demonstrem a punição estatal como instrumento eficaz na redução da criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento. Garantismo. Estatísticas. Teoria econômica do direito. Teoria das janelas quebradas.

ABSTRACT

The objective of this article is to discuss the policy of disincarnation promoted by the Federal Supreme Court, being refractory to the ideals and abolitionist guarantees that support such a measure. Starting from this premise, we discuss the statistical fallacies that demonstrate an expressive quantitative of prisoners. The analysis of the country's

¹ Promotor de Justiça do Estado do Pará (2015). Advogado (2009 a 2015). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2008). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhaguera (2010). E-mail: andreoliveira@mppa.mp.br.

legislation shows that the prison sentence is reserved only for crimes whose protected legal interests are considered the most relevant, or for repeat offenders. There are also dogmatic arguments to justify the need for arrest as a guarantee of protection of the legal system and social peace. Elements of other areas of knowledge are also used in a brief systemic analysis of economic theory of law, broken window theory and psychology, to find common ground that demonstrates state punishment as an effective instrument for reducing crime.

KEYWORDS: Incarceration. Statistical guarantee. Economic theory of law. Theory of broken windows.

1 INTRODUÇÃO

A temática da segurança pública definitivamente tem sido tratada como prioritária pela sociedade brasileira, ganhando protagonismo no último pleito eleitoral, ultrapassando outros temas de destaques do debate público como educação e saúde.

Tal se deve a percepção social do incremento da criminalidade violenta, em especial os crimes contra a vida, roubo, latrocínios, crimes contra a dignidade sexual e tráfico de drogas, ao mesmo tempo em que há o sentimento coletivo de impunidade e da ausência de mecanismos estatais eficientes para o combate à criminalidade.

Todavia, as políticas implementas pela cúpula do Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, como a criação de audiências de custódia e a concessão de *habeas corpus* coletivos, visando a diminuição da população carcerária, tampouco parecem contribuir para a redução dos índices criminais, fomentando, ao reverso, o descrédito da justiça.

2 A POLÍTICA DE DESENCARCERAMENTO EM MASSA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em linhas iniciais é preciso ter em conta que o Supremo Tribunal Federal, por seus mais variados ministros, diagnosticaram como principal problema da segurança pública atual a questão da população carcerária.

Com supedâneo em argumentos dos movimentos garantistas e abolicionista, partem do pressuposto que um aparelho de justiça voltado para o combate ao crime não se consegue nada que não poderia ser obtido com igual ou melhor eficácia do que o combate às causas sociais do crime.

Segundo esta linha de pensamento predominante na Suprema Corte, a maior parte dos cidadãos custodiados em penitenciárias brasileiras estariam submetidos a medidas persecutórias extremamente gravosas, estigmatizantes, com consequências sociais e psicológicas. Estes cidadãos, nem sempre culpados, ou investigados por crimes

de menor potencial ofensivo, seriam discriminados e excluídos sociais, fato este que seria inadmissível num Estado Democrático de Direito.

Um instrumento lançado pelo Poder Judiciário visando a redução do número de presos trata-se da audiência de custódia, prevista em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sendo regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Segundo divulgado no Jornal Estadão², o Ministro Dias Toffoli, atual presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quer implementar uma série de ações para diminuir a população prisional em até 40% na sua gestão, reforçar as audiências de custódia e os mutirões carcerários.

De forma a implementar a política de desencarceramento, segundo divulgado no sítio eletrônico do STF em 27 de novembro de 2018³, o atual presidente Min. Dias Toffoli teria assinado acordo de cooperação técnica internacional para enfrentamento da crise carcerária.

Outra notícia veiculada pela imprensa institucional do STF, atribui ao Ministro Dias Toffoli a seguinte fala:

Não é de hoje que sabemos e repetimos que o número de pessoas presas cresce a cada dia, em número acelerado, sem que isso represente uma redução da violência ou da criminalidade. As cadeias estão superlotadas, são espaços degradantes, sem oferta de condições mínimas de dignidade, sem educação e trabalho. A reincidência é recorrente e as penitenciárias acabam por funcionar como resultado final no aumento e reprodução de violência. A partir da assinatura deste acordo, o Conselho Nacional de Justiça, mais uma vez, entra em campo com ações concretas para transformar essa realidade. O Poder Judiciário, através do CNJ, está fazendo a sua parte, contribuindo, no limite de sua ação institucional, com iniciativas para resolver esse dramático problema.

Portanto, o STF e o CNJ buscariam minimizar os efeitos da superlotação carcerária por meio de três ações específicas: apoio aos estados na implementação das centrais de alternativas penais e das centrais de monitoramento eletrônico; expansão e qualificação das audiências de custódia; e implantação da “Central de Vagas” nos tribunais para controle das portas de entrada e saída do sistema carcerário, garantindo ocupação mais racional dos espaços prisionais.

² Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral/com-mutirao-e-audiencia-de-custodia-cnj-quer-reduzir-n-de-presos-em-40,70002603940>. Acesso em: 09 dez. 2018.

³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=396918>. Acesso em: 09 dez. 2018.

De igual forma, o Ministro Ricardo Lewandowski, mesmo reconhecendo a inexistência de previsão constitucional do Habeas Corpus Coletivo, nos autos do no HC 143641/ SP, de sua relatoria, concedeu a ordem coletiva:

“para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas no processo em referência e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.”⁴ (grifo nosso)

Entretanto, tais premissas mostram-se estatisticamente equivocadas, assim como os instrumentos escolhidos não se mostram adequadas e eficientes para a redução dos índices criminais, especialmente porque sinaliza uma liberação do controle do crime por parâmetros garantidos pelo Estado, através do Poder Judiciário, nublando a fronteira entre o lícito e ilícito, levando à justiça com as próprias mãos, aniquilando a paz social.

3 A FALÁCIA ESTATÍSTICA DO ENCARCERAMENTO

No livro “*Como mentir com estatística*”, o autor Darrel Huff propõe-se esclarecer a linguagem secreta da estatística numa cultura voltada para os fatos.

Segundo o autor, a estatística seria empregada para apelar, inflar, confundir e levar a simplificações exageradas, resultando em absurdo semânticos (HUFF, 2016).

Podemos aplicar tais lições na questão do encarceramento. Os números regularmente divulgados envolvendo a população carcerária são aparentemente fortes, visando induzir o leitor menos atento a inferir que há um expresso quantitativo de pessoas presas e que a prisão é uma instrumento insuficiente para redução da criminalidade.

Contudo, tais números na realidade são frágeis, quando não totalmente falsos quando submetidos a uma análise detalhada e desprovida de ideias preconcebidas.

Em estudo conjunto dos Promotores de Justiça do Rio Grande do Sul Bruno Amorim Carpes e do Promotor de Justiça de Minas Gerais Renato Teixeira Rezende,

⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>.

Acesso em: 09 dez. 2018.

apresentado no I Congresso Brasileiro da Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais, realizou-se análise comparativa detalhada entre os números divulgados em 2014 pelo relatório INFOPEN e as estatísticas divulgadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 2016, em seu Relatório do Sistema Prisional Brasileiro.

O Promotor de Justiça Bruno Amorim Carpes demonstrou a completa divergência numérica dos dados fornecidos pelo INFOPEN, CNMP e CNJ, órgãos responsáveis pela consolidação dos números da população carcerária, em dois artigos publicados no sítio eletrônico do Jornal Estadão: “O mito do encarceramento em massa”⁵ e “O desencarceramento dos números”⁶.

Segundo apurou-se, os três bancos de dados não conseguem distinguir aqueles que se encontram em regime fechado, daqueles outros em regime semiaberto ou aberto.

No mesmo sentido, identificou que nos relatórios do INFOPEN, CNJ e CNMP 40% (quarenta por cento) dos presos não haviam sido julgados e condenados, confundindo o conceito de presos provisórios, indicando que, em verdade, diga respeito a presos sem condenação com trânsito em julgado.

Também diagnosticou-se divergência entre o CNJ e o Ministério da Justiça quanto ao número de vagas existentes. Assim conclui inicialmente o Promotor Bruno Carpes: “Qual o resultado de incremento de presos e decréscimo de vagas: tornar irreal a taxa de ocupação dos presídios, impulsionando a posição do país em nível global no quesito superlotação.”

Ainda segundo os dados analisados pelo Promotor de Justiça Bruno Carpes ainda há um descompasso onde ficaria: “[...] claro segundo amostras dos crimes mais graves, que o aumento da população carcerária é reflexo do aumento ainda maior dos crimes. Isto é, o aumento de prisões é proporcionalmente menor do que o aumento de crimes.”

A questão estatística também é discutida pelo jornalista Felipe Moura Brasil nos artigos “Mitos e verdades sobre população prisional e jornalismo no Brasil”⁷ e “Brasil é, no mínimo, o 34º em número de presos por 100 mil, mas jornais caem na maquiagem do relatório do Infopen”⁸, ambos publicados no sítio eletrônico da Revista Veja.

Segundo apurado pelo jornalista em questão, no ranking mundial de número de presos por habitantes, o Brasil ocuparia a 36ª posição, com 289 presos por 100 mil habitantes, de acordo com o Centro Internacional de Estudos Prisionais (ICPS, na sigla em inglês), mesmo o Brasil tendo a 5ª maior população do mundo, atrás apenas de China, Índia, EUA e Indonésia.

⁵ Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-mito-do-encarceramento-em-massa/>. Acesso em: 09 dez. 2018.

⁶ Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-desencarceramento-dos-numeros/>. Acesso em: 09 dez. 2018.

⁷ Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/mitos-e-verdades-sobre-populacao-prisional-e-jornalismo-no-brasil/>. Acesso em: 09 dez. 2018.

⁸ Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/brasil-e-no-minimo-o-34-em-numero-de-presos-por-100-mil-mas-jornais-caem-na-maquiagem-do-relatorio-do-infopen/>. Acesso em: 09 dez. 2018.

Do mesmo modo, os relatórios divulgados pelo INFOPEN, CNJ e CNMP com a estimativa de pessoas encarceradas nunca compara as taxas de criminalidade existentes no Brasil e em outros países.

O Brasil é, por exemplo, líder mundial em número absoluto de homicídios, sendo que aproximadamente cerca de 8% desses casos teriam o inquérito policial concluído com a autoria e materialidade definidos⁹, o que indica um quantitativo de prisão muito inferior a quantidade de homicídios praticados.

Ainda segundo Felipe Moura Brasil, com frequência, usa-se o expediente de relacionar a taxa nacional de encarceramento – elevada pelos estados que prendem mais – à taxa nacional de homicídios – elevada pelos estados que prendem menos – para fazer parecer que a prisão não reduziria a criminalidade e o Brasil precisaria de menos pessoas presas.

Assim sendo, no debate acerca do quantitativo da população carcerária há erros cometidos pelas pesquisas e uso inapropriado de parâmetros visando causar impacto na sociedade quanto aos efeitos da sanção de prisão, de forma a induzir a pauta do desencarceramento.

4 CONTRAPONDO OUTRAS FALÁCIAS ARGUMENTATIVAS DO DESENCARCERAMENTO

Sucintamente, outros argumentos utilizados para justificar a política do desencarceramento seriam de que os presídios brasileiros abrigam presos condenados por crimes considerados de menor potencial ofensivo; presos provisórios em demasia; pequenos traficantes; bem como autores de crimes patrimoniais como furtos e receptações.

Deste modo, sugere-se como solução ao problema da superpopulação carcerária a aplicação de medidas alternativas à prisão, como a prestação de serviços comunitários, monitoramento eletrônico, medidas restritivas de direitos e prisão domiciliar.

Tais argumentos, no entanto, não encontram ressonância no sistema jurídico penal brasileiro.

O Código Penal, em sua Parte Geral, estabelece no seu art. 33 e parágrafos os parâmetros de aplicação de pena, estabelecendo os regimes de pena, bem como adota critério objetivo para fixar o regime inicial de cumprimento de pena, através do quantum de pena.

Assim, de acordo com o art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal apenas se a pena cominada for superior a 8 (oito) anos de reclusão poderá ser atribuído regime fechado.

⁹ Segundo reportagem do “Jornal da Globo”, com a manchete “***Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia***”, de cada cem crimes pelo país, mais de 90 nunca foram descobertos. E, assim, somente uma faixa de 5% a 8% dos assassinos são punidos. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>. Acesso: 09 dez. 2018.

Nos crimes cuja condenação inferior a oito anos e superior a quatro anos, o regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto, consistente em execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, §2º, alínea “b”, do Código Penal). Na prática, como não existem instituições adequadas para o cumprimento da pena desta forma, ou insuficiência de vagas os Juízes de Execução acabam possibilitando o cumprimento da pena em regime aberto ou domiciliar.

Nos crimes com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, consistente na execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Aqui, tal como ocorre com o regime semiaberto, não havendo casas de albergado, acaba sendo aplicada a prisão domiciliar, ou monitoramento eletrônico cuja fiscalização é precária.

Quando a pena cominada for não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos a pena privativa de liberdade poderá ser substituída em pena restritiva de direitos, conforme o art. 44 do Código Penal.

De igual modo, na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos

As penas restritivas de direito consistem em meio alternativos a prisão, encontrando-se estabelecida no art. 43 do Código Penal, consistindo em prestação pecuniária; perda de bens e valores; limitação de fim de semana; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana.

A imposição de regime de pena mais gravoso do que aquele estabelecido pelos critérios objetivos do Código Penal exige exposição fundamentada pelo magistrado, sendo passível de reforma pela instância superior, caso não se encontrem as motivações para aplicação de regime mais severo.

Outro instituto criado foi o da Suspensão Condicional da Pena, prevista no art. 77 do Código Penal. segundo o qual a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o condenado não seja reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

O Código Penal estabelece em seu art. 83 e seguintes o instituto do livramento condicional, que nada mais é do que uma antecipação da liberdade, ainda que em caráter provisório e sob condições, onde o liberado é submetido a um período de prova.

Outro instituto criado para extinguir a punibilidade é o indulto, a ser concedido pelo chefe do Poder Executivo, com previsão no art. 107, inciso II, do Código Penal.

Destina-se a um grupo indeterminado de pessoas condenadas, de acordo com a natureza do crime e a quantidade de pena aplicada.

Lado outro, desde 1995, com a criação da Lei nº 9.099 (Lei dos Juizados Especiais), o legislador brasileiro tem sucessivamente introduzido inovações legislativas de maneira a criar mecanismos alternativos à prisão.

O Juizado Especial Criminal foi concebido para promover a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais possibilita a composição civil dos danos entre o autor do fato e a vítima, bem como a transação penal, segundo o qual aplica-se imediatamente pena não privativa de liberdade, conforme seu art. 72.

Outra figura criada pela Lei dos Juizados Especiais Criminais é a da suspensão condicional do processo, estabelecida no art. 89 da Lei nº 9.009/95, para o qual nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Accepta as condições, o acusado passará por período de prova consistente em reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Logo, os crimes cuja sanção penal esteja dentro da possibilidade de aplicação das medidas despenalizadoras do Juizado Especial não permitem sequer prisão provisória, quanto mais prisão em regime fechado.

Por sua vez, o Código de Processo Penal, em seu art. 313, inciso I, estabelece critérios objetivos para admitir a prisão preventiva. Para além de preencher os requisitos de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, conforme a dicção do art. 312 do CPP, o indigitado deverá ter praticado crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

A Lei Adjetiva Penal ainda sofreu alterações em razão da [Lei nº 12.403/2011](#) legislativas, passando a estabelecer um novo regime medidas cautelares diversas da prisão, conforme previsão dos arts. 282 e 319.

O objetivo da reforma legislativa visou justamente instituir meios preferenciais a prisão provisória no direito processual. A prisão provisória passou a ter um papel secundário (ainda que possa ser decretada de modo independente e autônomo) e

condicionado à indispensabilidade da medida, desde que demonstrada a proporcionalidade e a necessidade.

Logo, para além dos critérios objetivos calcados na pena cominada, tem-se que para a decretação de uma prisão provisória, o magistrado deverá demonstrar a impossibilidade de aplicação de uma medida cautelar diversa ao caso concreto.

O argumento muitas vezes utilizado de que há presos provisórios em excesso, eis que seria cabível a aplicação de outras medidas cautelares diversas mostra-se equivocado, pois como se demonstrou há um duplo filtro aplicado pelo magistrado que determinou a decretação da medida.

Um outro discurso bastante utilizado para justificar o desencarceramento consiste em afirmar que boa parte dos presos seriam constituídos por pequenos traficantes, sendo que a legislação brasileira antidrogas seria demasiadamente rígida.

Novamente tal argumento não encontra ressonância.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral, discute a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006.

O referido dispositivo estabelece que aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Por outro lado, o art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 estabelece uma causa especial de diminuição de pena (de um sexto a dois terços) ao traficante desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O Senado Federal ainda aprovou a Resolução nº 5/2012, declarando suspensão a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”.

Assim, considerando a pena mínima cominada ao crime de tráfico é de cinco anos, acaso o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa poderá ter direito a conversão de sua pena em restritiva de direitos.

Nos crimes patrimoniais tem-se que sua maioria, as penas máximas cominadas ao crime de furto, estelionato e da receptação permitem a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, como a suspensão condicional do processo, em razão da pena mínima cominada ser de um ano, e até mesmo a composição civil dos danos e transação penal para o crime de receptação culposa.

Mesmo nos crimes de roubo, crime patrimonial praticado com violência ou grave ameaça, quando em sua modalidade simples, a pena máxima cominada é de quatro anos, cabendo, *a priori*, aplicação de pena no regime aberto ou semiaberto a depender das demais condições e critérios dos art. 59 e 68.

Disto, conclui-se que os presos em regime fechado no Brasil dizem respeito tão somente aqueles que cometem crimes cujo bens jurídicos tutelados são reputados como mais importantes, cujas reprimendas sejam as mais graves do ordenamento.

Ao mesmo passo, tem-se que encontram-se encarcerados apenas os criminosos contumazes de crimes de médio potencial ofensivo, como os furtos, roubos e tráfico de drogas.

5 REAFIRMANDO OS FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO ESTATAL

A redução da criminalidade através dos mecanismos aplicados pelos Supremo Tribunal Federal demonstra-se irrealista e de inspiração romântica.

A segurança jurídica, direito fundamental previsto na Constituição Federal, deixa de ser observada sempre que os juízes e tribunais tomam decisões com base em concepções próprias do que é correto, caridoso, justo eis que impõe como lei, suas próprias noções individuais, criando leis depois do fato, as quais são desconhecidas aos que se tornam sujeitos a ela.

As decisões dos tribunais superiores demonstram uma visão intelectual que esvazia o aspecto punitivo da prisão (definitiva ou provisória), reforçando os aspectos preventivos, procurando, em primeiro lugar, eventuais causas sociais que seriam o fundamento da atividade criminosa, bem como investindo na ressocialização dos criminosos.

Desta feita, tem-se reduzido ou deixado de lado a questão da responsabilidade individual por parte dos criminosos. As legislações, decisões judiciais e as políticas criminais reduziram bastante a possibilidade de criminosos serem condenados e punidos por determinado crime, diminuindo também a severidade na aplicação das penas e, de igual forma, reduziram a capacidade dos cidadãos, seguidores da lei, de se defenderem quando confrontados com criminoso.

O jurista alemão Claus Roxin (2008, p. 4), dissertando acerca do futuro do direito penal e as políticas de bem-estar social, conclui pela sua ineficácia, se não vejamos:

Não corresponde, portanto, à experiência que a criminalidade se deixe eliminar através de reformas sociais. É mais realista a hipótese de que a criminalidade, como espécie do que os sociólogos chamam de ‘comportamentos desviantes’, se encontre dentro do leque das formas típicas de ação humana, e que vá existir para sempre. As circunstâncias sociais determinam mais o ‘como’ do que o ‘se’ da criminalidade: quando camadas inteiras da sociedade passam fome, surge uma grande criminalidade de pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar, relacionada ao desejo de sempre aumentar as posses e, através disso, destacar na sociedade. Isto não implica que não devemos esforçar-nos por

um aumento do bem-estar geral. Mas não se espere daí uma eficaz diminuição da criminalidade.

As causas da criminalidade são extremamente complexas para serem resumidas em explicações simplistas. Contudo, não são programas sociais, nem tampouco abordagens terapêuticas a solução perfeita e inacabada para solução do problema da criminalidade, especialmente quando não são aplicadas meramente como complemento aos métodos tradicionais de encarceramento, mas sim como seu substituto.

Do ponto de vista normativo, a sanção penal é instrumento que mantém a estabilidade da ordem jurídica, especialmente porque concebe ao Estado o monopólio coercitivo da comunidade, ainda que subsista paralelamente o princípio da autodefesa, provendo-se a segurança coletiva e garantindo a paz social.

O jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen, considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do Direito afirma (2009, p. 40):

Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se de segurança coletiva – no sentido de que é garantida pela ordem jurídica enquanto ordem social. (grifo nosso)

O Estado que reaja de forma pouco enérgica às violações do direito também prejudica indiretamente o funcionamento normal da própria ordem jurídica. Segue-se, portanto, que no vazio de poder, e da excessiva degradação do poder estatal, irrompe um poder soberano autoritário e de exceção.

Uma sociedade somente pode funcionar dentro do Estado de Direito, quando ao mesmo tempo hajam instrumentos a disposição do Estado para aplicação do direito.

Neste sentido, preleciona o acadêmico e jurista Reinhold Zippelius (2016):

A tarefa de garantir a paz e a segurança jurídicas requer que os titulares de funções públicas afirmem enérgica e eficazmente (no quadro das suas competências) o monopólio da força física legítima contra atos de violência. Quando a conformação ou o exercício das competências públicas não satisfazem essa tarefa, fica frustrada uma das necessidades fundamentais da comunidade jurídica. Nesse caso, o poder de Estado perde a sua credibilidade e, juntamente com a confiabilidade da ordem estatal, coloca-se em jogo também a sua subsistência.

Não se trata, por evidente, a defender excessos, mas o cerce da crítica ao garantismo está na benevolência exagerada aos réus, sem qualquer preocupação com o coletivo. É a desconsideração da vítima, indivíduo sujeito de direitos e garantias fundamentais, tanto quanto o violador da norma. É não reputar que, ao violar-se o direito de outrem, sem a justa e adequada reprimenda, compromete-se o ordenamento jurídico como um todo.

No Brasil, o Procurador de Justiça Criminal do Estado de São Paulo e Professor fundador da Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais Edilson Mougenot Bonfim apresenta o princípio da proibição de infraproteção ou proibição de proteção deficiente, como uma vertente do princípio da proporcionalidade.

Afirma Mougenot Bonfim (2014, p. 107-108):

Uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra, etc), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível. Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) – a chamada ‘proteção vertical’, na medida em que os cidadãos tem no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder de Estado (verticalizado, portanto, de ‘cima para baixo’) - mas também uma garantia dos cidadãos contra agressores (tutelando eficazmente o valor ‘segurança’, garantindo constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor ‘justiça’, assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo ‘princípio da proibição da infraproteção’, toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade.

O princípio da proibição de proteção deficiente dirige-se ao Poder Legislativo, quanto ao processo de criação de leis, como também ao Poder Judiciário, quanto a aplicação da lei ao caso concreto. Toda atividade estatal que não observe o princípio esta cívado de nulidade.

A ciência jurídica não é estudada de modo estanque, considerando os apenas os aspectos normativos e as consequências políticas e sociais, mas como ciência sistêmica relaciona-se com outras áreas do conhecimento como a economia e a psicologia.

Exatamente por isso, a fundamentação da sanção penal pode ser vislumbrada, por exemplo, a partir da teoria econômica do direito. O jurista Richard A. Posner, com fundamento em autores como Gary Becker e Jeremy Bentham, concebe uma teoria econômica do direito, empregando conceitos da teoria dos jogos, teoria da sinalização e economia comportamental, pelo qual se realizam investigações econômicas das consequências de uma prática ou política, partindo-se do pressuposto de que as pessoas são racionais em suas interações sociais.

Deste modo, os índices de criminalidade implicam primeiramente numa escolha racional do indivíduo onde este estima os eventuais bônus (proveito do crime) e os ônus (possibilidade de vir a ser preso).

Os índices de criminalidade, portanto, seriam determinados pelas políticas públicas na área de segurança pública e a possibilidade de efetiva punição, sendo certo que quanto maior for a possibilidade de punição menor será a taxa de crimes.

Diz Posner (2011, p. 08):

A análise econômica do direito possui tantos aspectos positivos (isto é, descritivos) quanto aspectos normativos. Seu objetivo é tentar explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema. Mas também busca aperfeiçoar o direito, ao assinalar as consequências involuntárias ou indesejáveis das leis vigentes ou dos projetos de lei e propor reformas práticas.

O economista norte-americano, crítico social e filósofo político Thomas Sowell, na esteira da teoria econômica do direito, dá voz ao senso comum ao concluir que a pena de prisão é instrumento eficaz na contenção da criminalidade. Segundo o autor (2011, p. 305-306):

Mas ninguém é obrigado a dominar as complexidades da lei da gravidade de Newton para saber que pisar para fora do topo de um arranha-céu trará consequências negativas. De maneira parecida, ninguém precisa destrinchar as complexidades das inumeráveis razões conhecidas e desconhecidas que determinam a ocorrência de atos criminosos para saber que colocar os criminosos atrás das grades é mais eficiente para reduzir o índice de criminalidade do que quaisquer teorias complexas ou políticas sofisticadas favorecidas pela inteligência.

Portanto, a partir da concepção da teoria econômica do direito a atividade criminosa deve ser compreendida como em grande parte racional e moldada pelas recompensas e penalidades que oferece.

Uma das principais razões para o aumento da criminalidade é a maior probabilidade da impunidade. Ao mesmo passo, uma boa maneira de reduzir a criminalidade é tornar as consequências da criminalidade mais agressivas: tornando as penalidades mais rápidas, mais certas ou mais severas.

Como consequência, tem-se o modelo de segurança pública de tolerância zero, fundado na “Teoria das Janelas Quebradas”, concebida pelo cientista político James Q. Wilson e pelo psicólogo criminalista George L. Kelling, cuja premissa assenta-se no princípio da repressão

inflexível a crimes menores para promover o respeito à legalidade e promover a redução de crimes.

O conceito principal é muito mais a prevenção e a promoção de condições sociais de segurança, impedindo a eclosão de processos criminais a níveis incontroláveis.

Os Promotores de Justiça do Rio Grande do Sul Diego Pessi e Leonardo Giardin (2017, p. 65), trazem importante conclusão sobre índices criminais no Brasil, que pode muito bem ser extraído da teoria econômica do direito:

O silogismo é bastante simples: 1) a alta probabilidade de condenação é fato preponderante para inibir a prática de crimes; 2) no Brasil, menos de 8% dos homicídios são elucidados, logo, 3) a impunidade é o grande fator criminógeno a ser enfrentado em nosso país.

Finalmente, a perspectiva psicológica, ao examinar o comportamento do criminoso, soma-se a perspectiva da teoria econômica do direito, pois considera ainda a prisão como instrumento de ressocialização do criminoso.

Nesta linha de raciocínio, o comportamento é produto do pensamento. Neste diapasão, ao focar nos padrões de raciocínio mais do que nas causas do crime, acaba-se por estabelecer as bases para um método que ajude efetivamente os infratores a mudar seu pensamento e comportamento.

O psicólogo e escritor americano Ph.D. Stanton E. Samenow desenvolveu diversos estudos acerca do comportamento dos criminosos, através de exames de casos concretos, entrevistas e convivência com diversos detentos.

Para ele a prisão tem como funções a dissuasão (as pessoas obedecem às leis e não cometem crimes porque desejam evitar perder sua liberdade), retribuição (a sociedade quer punir aqueles que cometeram crimes), incapacitação (os criminosos não podem prejudicar os cidadãos cumpridores da lei se estiverem trancados) e proporcionar oportunidades de reabilitação.

Quanto a questão da reabilitação, Samenow promove importante reflexão acerca da importância do encarceramento como valioso instrumento para o criminoso refletir que se encontra nesta situação como consequência das opções erradas que realizou, se não vejamos (2014, p. 265, tradução nossa):

Eles podem lamentar o fato de que eles estão envelhecendo, e a vida está passando por eles. Eles têm muito a lamentar - não apenas o seu encarceramento, mas a sua indiferença ou oposição anterior a muitas oportunidades de viver um tipo diferente de vida. Há muito tempo para olhar no espelho e refletir.¹⁰

¹⁰ No original: "They may lament the fact that they are aging, and life is passing them by. They have much to regret - not just their incarceration but their previous indifference or opposition to many opportunities to live a different kind of life. There is plenty of time to look in the mirror and reflect."

O criminoso contumaz possui um modo de pensar peculiar, completamente diferente do indivíduo que se comporta com responsabilidade.

O médico psiquiatra e escritor [britânico](#) Theodore Dalrymple também possui larga experiência trabalhando em prisões e em países subdesenvolvidos. Suas principais obras consistem em denunciar o discurso que legitima estilos de vidas nocivas à sociedade e aos próprios indivíduos.

Para Dalrymple a necessidade de reprimenda estatal mostra-se necessária para imprimir no criminoso a consciência de que seus atos fogem ao padrão da convivência social.

Por outro lado, um ambiente social de permissibilidade e condescendência com atos criminosos, especialmente quando promovidos pelo Estado e pelos estudiosos, incrementaria os indícios criminais, além de criar um discurso justificante para o criminoso, senão, vejamos (2014, p. 228):

Na ausência de orientação adequada e de controle, a configuração padrão dos seres humanos, certamente, é o crime e a conduta antissocial, e todos quebram as regras em determinado momento. Em um período de crescente permissividade, no entanto, muitos chegam exatamente à conclusão errada a respeito do potencial universal da natureza para a delinquência.

A socialização do criminoso somente será possível incutindo-lhes noções de alteridade, ensinando-o a identificar e modificar seus padrões de pensamentos, levando-o a adotar outro comportamento, tratando-o como responsável pelos seus atos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A razão de ser do Direito Penal é a aplicação de pena que represente adequada reprovação e eficaz prevenção do crime, de modo a concretizar o princípio da suficiência, insculpido no art. 59 do Código Penal.

Os magistrados Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Jr (2018, p.30) assentam muito bem que a pena proporcionalmente justa é a reclusiva, suficientemente extensa para bem reprovar e melhor prevenir, senão vejamos: “A impunidade não consiste em deixar o criminoso sem punição, mas, por igual, em puni-lo insuficientemente, isto é, de modo que ele não sinta e a Sociedade não veja.”

No Brasil, faltam dados estáticos que demonstrem a correlação dos crimes cometidos, inquéritos instaurados, inquéritos concluídos com autoria reconhecida, denúncias ofertadas pelo Ministério Público, promoções de arquivamento, sentenças condenatórias, sentenças absolutórias, quantitativos de processos em andamento e presos provisórios, a demonstrar o verdadeiro quadro dos índices criminais.

Torna-se prioritário, portanto, tratar a questão carcerária através da correta leitura dos dados estatísticos quanto a taxa de presos, quando levado em consideração os índices populacionais e os índices de crimes violentos.

Ademais, redundará em fracasso qualquer política de segurança pública que desconsidere a ampliação dos efetivos policiais, o aparelhamento das forças de segurança pública, bem como a construção de novos estabelecimentos prisionais. **A s s i m**, deverá ponderar-se que a prisão persiste como o meio mais eficiente para punição e prevenção de delitos, visando a redução da taxa de criminalidade.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Felipe Moura. *Mitos e verdades sobre população prisional e jornalismo no Brasil*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/mitos-e-verdades-sobre-populacao-prisional-e-jornalismo-no-brasil/>. Acesso em: 09 dez. 2018.

BRASIL, Felipe Moura. *Brasil é, no mínimo, o 34º em número de presos por 100 mil, mas jornais caem na maquiagem do relatório do Infopen*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/brasil-e-no-minimo-o-34-em-numero-de-presos-por-100-mil-mas-jornais-caem-na-maquiagem-do-relatorio-do-infopen/>. Acesso em: 09 dez. 2018.

CARPES, Bruno Amorim. *O mito do encarceramento em massa*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-mito-do-encarceramento-em-massa/>. Acesso no dia 09 de dezembro de 2018.

CARPES, Bruno Amorim. *O desencarceramento dos números*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-desencarceramento-dos-numeros/>. Acesso: 09 dez. 2018.

DALRYMPLE, Theodore. *A vida na sarjeta: o círculo vicioso da miséria moral*. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2014.

ESTADÃO. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral/com-mutirao-e-audiencia-de-custodia-cnj-quer-reduzir-n-de-presos-em-40,70002603940>. Acesso no dia 09 de dezembro de 2018.

HUFF, Darrel. **Como Mentir com Estatística**. 1. ed.. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, Kindle Edition, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PESSI, Diego; GIARDIN, Leonardo. **Bandidolatria e democídio**: ensaio sobre o garantismo penal e a criminalidade no Brasil. 1ª ed. São Luís/MA: Livraria Resistência Cultural, 2017.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMENOW, Stanton E. **Inside the Criminal Mind**. New York: Brodway Books, Kindle Edition, 2014.

SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. São Paulo: É Realizações, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=396918>. Acesso no dia 09 de dezembro de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso no dia 09 de dezembro de 2018.

WILSON, James Q. **Thinking About Crime**. New York: Basic Books, Kindle Edition, 2013.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, Kindle Edition, 2016.

Este livro foi impresso na Impressoart Gráfica e Editora, em Curitiba - PR

Tiragem: 500 exemplares

Capa: Cartão Triplex 250g

Miolo: Color Plus Marfim 80g

Fonte: Garamond

