

REVISTA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO PARÁ

v.7 n.7 2012

Belém

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

Anual
ISSN 1980-5535

1. Direito – Doutrina. 2. Direito – Pareceres. 3. Entrevista.

CDD : 340.05

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

v.7 n.7 2012

Belém

ISSN 1980-5535

R. Minist. Públ. Est. PA	Belém	n.7	p. 1-264	2012
--------------------------	-------	-----	----------	------

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

CONSELHO EDITORIAL

Membros:

Cristina Figueiredo Terezo
Daniel Henrique Queiroz de Azevedo
Ivanilson Paulo Corrêa Raiol
José Edvaldo Pereira Sales
Luiz Alberto Rocha
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves

FICHA TÉCNICA

Diretor de Publicações do CEAF

José Edvaldo Pereira Sales

Normalização*

Lucilene da Silva Amaral

Maria da Conceição Pina de Carvalho

Projeto de Capa

Ériko Moraes

Fotos da capa

Laurent Fournier

Editoração e Impressão:

T L D ALBERTO - EPP

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

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

Rua João Diogo, 100
Cidade Velha - Belém - PA
CEP 66015-160
(91)4009-3400
ceaf@mp.pa.gov.br
<http://www.mp.pa.gov.br>

T L D ALBERTO - EPP Gráfica Lisboa

Travessa Vileta, nº 96, bairro Pedreira –
Belém-PA
CEP: 66.087-421
(91) 3233-7449

* Salvo os artigos cujos autores não acataram revisão

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Antônio Eduardo Barleta de Almeida

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

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

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antônio Eduardo Barleta de Almeida	Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves
<i>Presidente</i>	<i>Corregedor-Geral</i>
<i>Procuradores de Justiça</i>	
Adélio Mendes dos Santos	Maria da Conceição de Mattos Sousa
Francisco Barbosa de Oliveira	Manoel Santino Nascimento Junior
Ana Lobato Pereira	

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA JURÍDICO-INSTITUCIONAL
Marcos Antônio Ferreira das Neves

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA
Jorge de Mendonça Rocha

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

CONSELHO DELIBERATIVO

Antonio Eduardo Barleta de Almeida
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves
Estevam Alves Sampaio Filho
Nélio Caetano Silva

Ione Missae da Silva Nakamura
Quintino Farias da Costa Júnior
Aldir Jorge Viana da Silva
Ana Christina Braga de Lemos

DIRETORIA EXECUTIVA

Benedito Wilson Correa de Sá
Diretor-Geral

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues
Diretor de Cursos e Eventos

José Edvaldo Pereira Sales
Diretor de Publicações

Leane Barros Fiúza de Mello
Diretora de Grupos de Estudos

CENTROS DE APOIO OPERACIONAL

COORDENADORES

Jose Maria Lima Júnior
CAO Criminal

Sumaya Saady Morhy Pereira
CAO Cível

Nélio Caetano Silva
CAO Constitucional

Leane Barros Fiúza de Mello
CAO da Infância e Juventude

Ivelise Pinheiro Pinto
CAO da Cidadania

Maria da Graça Azevedo da Silva
Núcleo do Meio Ambiente

Apresentação

Coerente com a minha posição adotada desde o início, chego ao final do meu mandato de Procurador-Geral de Justiça e, como um dos atos importantes dessa minha passagem, faço a apresentação de mais um número da Revista do Ministério Público do Estado do Pará.

O que mais impressiona desde quando lançado o primeiro número da revista é o interesse provocado na comunidade jurídica e, sobretudo, nos próprios integrantes da Instituição (membros e servidores), dada a abordagem científica do Direito aqui desenvolvida. A produção de textos, aqui publicados, por membros e servidores do Ministério Público do Estado do Pará é prova disso. Outro dado importante é a relevante contribuição do público externo, o que confirma o apreço despertado pela revista também nesses estudiosos do Direito.

A revista deste ano é de conteúdo majoritariamente paraense. Os artigos estão assim distribuídos: Ministério Público, polícia e o destino dos inquéritos (Aldir Jorge Viana da Silva), Processo de democratização e perspectivas de democracia plena: algumas considerações sobre o sistema (Ana Maria Magalhães de Carvalho), A investigação criminal direta pelo Ministério Público em face do sistema acusatório de Processo Penal (Daniela Souza Filho Moura), As condições de elegibilidade e as inelegibilidades: (Des)Construções e aproximações (fissuras) teóricas – Um olhar a partir da lei da ficha limpa e da jurisprudência (José Edvaldo Pereira Sales), A teoria da perda de uma chance na Responsabilidade Civil (Juliana Pinto de Campos), A técnica de julgamento do ônus da prova prevista no art. 333, do CPC, em caso de dúvida, e sua relativização para que se alcance o ideal de justiça (Louise Rejane de Araújo Silva/ Maria Luzia de Araújo Silva), Direitos humanos, universalismo e relativismo: os avanços de uma nova abordagem (Márcio Silva Maués de Faria), A Tutela Jurisdicional das Ações Possessórias Agrárias: Análise à luz do Princípio da Função Social da Propriedade Agrária (Ney Tapajós Ferreira Franco), Ações de retificação de registros públicos do Programa Ministério Público e a Comunidade no bairro do Telégrafo em Belém-Pa (2007 – 2008): Uma questão de cidadania e responsabilidade (Silvanir Lebreiro da Silva Santos), Da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 1.516 do código civil à luz da interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (Wilton Nery dos Santos/ Pedro Henrique Nogueira Alves), Práticas de profissionais frente aos jovens em conflito com a lei em uma unidade de medida sócio-educativa (Flávia Cristina Silveira Lemos/ Raquel dos Santos Gomes).

As crônicas – legislativa e de jurisprudência – trazem três temas que, certamente, despertarão o interesse dos leitores: O papel do Ministério Público na efetivação da aplicação do critério da autoidentificação como forma de superação da visão etnocêntrica nos estabelecimentos prisionais do Estado do Pará (Janaína Andrade de Sousa), Anencefalia: esperando a morte “nascer” (Deborah Farias) e Uniões homoafetivas: um diálogo entre o Direito e a Psicologia (Giselle Cristine da Silva Oliveira).

Vivenciamos este ano as eleições municipais, que sempre são marcadas pelas paixões locais e que exigem, principalmente dos membros do Ministério Público Estadual, que atuam na função eleitoral, muito mais esforço e dedicação a essa tão grandiosa atividade para a democracia brasileira. Por conta disso, a seção dos pareceres traz três contribuições, nessa área, de promotores de justiça: dois pareceres em pedido de registro de candidatura, sendo um de autoria de Francisco de Assis Santos Lauzid e o outro de Josélia Leontina de Barros Lopes, além de um parecer em representação por propaganda eleitoral irregular subscrito por Alexssandra Muniz Mardegan.

O entrevistado é José Fernando de Mendonça Gomes Júnior, Gerente Regional de Relações Institucionais da Vale Pará e Maranhão e atual Presidente do Sindicato das Industrias Minerais do Pará (Simineral), que responde a importantes questões sobre o setor mineral no Pará, a utilização de mão de obra local nos projetos minerários, a ocupação de cargos técnicos e/ou subalternos por paraenses, projetos de infraestrutura que permitam a verticalização da produção mineral, a hidrovia do Tocantins, a questão ambiental vista pelas empresas minerárias, a produção minerária e o desenvolvimento sustentável, entre outros assuntos. Portanto, são temas importantes para a sociedade e com ênfase em questões locais do Estado do Pará.

Constam importantes sugestões de leitura no final da revista. Há livros de autores paraenses. E quase todos os indicados estão à disposição na Biblioteca do Ministério Público do Estado do Pará, cujo acervo pode ser consultado pela internet.

Dessa forma, é com meus cumprimentos que parabeno os que contribuíram para esta edição da revista, conclamo para futuras contribuições e recomendo, com muito entusiasmo, a leitura da revista!

Belém, 14 de dezembro de 2012.

Antonio Eduardo Barleta de Almeida
Procurador-Geral de Justiça

Sumário



Praça do Açaí com vista para a 1ª rua de Belém



Sumário

Artigos

MINISTÉRIO PÚBLICO, POLÍCIA E O DESTINO DOS INQUÉRITOS	17
--	----

Aldir Jorge Viana da Silva

PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO E PERSPECTIVAS DE DEMOCRACIA PLENA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA	25
--	----

Ana Maria Magalhães de Carvalho

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO PENAL	43
--	----

Daniela Souza Filho Moura

AS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E AS INELEGIBILIDADES: (DES)CONSTRUÇÕES E APROXIMAÇÕES (FISSURAS) TEÓRICAS – UM OLHAR A PARTIR DA LEI DA FICHA LIMPA E DA JURISPRUDÊNCIA	67
--	----

José Edvaldo Pereira Sales

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL	89
---	----

Juliana Pinto de Campos

A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ÔNUS DA PROVA PREVISTA NO ART. 333, DO CPC, EM CASO DE DÚVIDA, E SUA RELATIVIZAÇÃO PARA QUE SE ALCANCE O IDEAL DE JUSTIÇA	103
--	-----

Louise Rejane de Araújo Silva

Maria Luzia de Araújo Silva

DIREITOS HUMANOS, UNIVERSALISMO E RELATIVISMO: OS AVANÇOS DE UMA NOVA ABORDAGEM	117
<i>Márcio Silva Maués de Faria</i>	

A TUTELA JURISDICIONAL DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS AGRÁRIAS: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AGRÁRIA	133
<i>Ney Tapajós Ferreira Franco</i>	

PRÁTICAS DE PROFISSIONAIS FRENTE AOS JOVENS EM CONFLITO COM A LEI EM UMA UNIDADE DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA	153
<i>Raquel dos Santos Gomes</i>	
<i>Flávia Cristina Silveira Lemos</i>	

AÇÕES DE RETIFICAÇÃO DE REGISTROS PÚBLICOS DO PROGRAMA MINISTÉRIO PÚBLICO E A COMUNIDADE NO BAIRRO DO TELÉGRAFO EM BELÉM-PA (2007 – 2008): UMA QUESTÃO DE CIDADANIA E RESPONSABILIDADE	165
<i>Silvanir Lebrege da Silva Santos</i>	

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 1.516 DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	189
<i>Wilton Nery dos Santos</i>	
<i>Pedro Henrique Nogueira Alves</i>	

Crônicas Legislativas

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DA
APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA AUTOIDENTIFICAÇÃO
COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DA VISÃO
ETNOCÊNTRICA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS 201
DO ESTADO DO PARÁ

Janaína Andrade de Sousa

Crônicas de Jurisprudência

ANENCEFALIA: ESPERANDO A MORTE “NASCER” 211

Deborah Farias

UNIÕES HOMOAFETIVAS: RECONHECIMENTO POSSÍVEL
E LACUNAS LEGAIS 223

Giselle Cristine da Silva Oliveira

Pareceres

PARECER EM REPRESENTAÇÃO POR PROPAGANDA
ELEITORAL 235

Alexssandra Muniz Mardegan

PARECER EM PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA 241

Francisco de Assis Santos Lauzid

PARECER EM PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA 245

Josélia Leontina de Barros Lopes

Entrevista

Entrevista com José Fernando de Mendonça Gomes Júnior 249

Por Hélio Rubens Pinho Pereira, Promotor de Justiça

Sugestão de Leitura 259

Artigos



Mangal das Garças



MINISTÉRIO PÚBLICO, POLÍCIA E O DESTINO DOS INQUÉRITOS

Aldir Jorge Viana da Silva¹

RESUMO: pretende-se com esse artigo abordar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 10 do CPP no tocante ao trânsito dos inquéritos policiais, cuja tramitação deve ocorrer entre a polícia e o ministério público, titular da ação penal e destinatário imediato da peça investigatória. A medida é decorrência lógica da titularidade da ação penal e tem o condão de eliminar entraves burocráticos, protelatórios e desprovidos de fundamentação Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito. Tramitação. Titularidade da ação penal. Ministério Público e Polícia.

SUMÁRIO: 1 NOÇÕES DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E O INQUÉRITO POLICIAL. 2 A TRAMITAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL E AS REGRAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. 4 ESTRATÉGIAS PARA A EFETIVIDADE DO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. REFERÊNCIAS.

1 NOÇÕES DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E O INQUÉRITO POLICIAL

Desde o advento da Constituição de 1988 uma das discussões mais acaloradas na relação Ministério Público e Polícia Civil diz respeito ao verdadeiro destinatário do inquérito policial. A autoridade policial do Estado do Pará e seus representantes são adeptos da tese de que é o Poder Judiciário, pois, a este cabe atuar nas matérias de incidente cautelar como

¹ Promotor de Justiça de Direitos Humanos e Controle Externo da Atividade Policial da Comarca de Belém, Ex-Secretário de Estado de Justiça do Pará, Ex-membro do Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária, Ex-coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal, Membro Suplente do Programa Estadual de Proteção a Vítimas e Testemunhas de Crime – PROVITA/PA, Membro suplente do Conselho Estadual de Segurança Pública – CONSEP, Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia – UNAMA, Professor de Direito Penal.

prisões preventiva , temporárias, buscas domiciliares, pessoais, quebras de sigilos telefônicos , bem como velar pelos direitos fundamentais na fase pré-processual.

Contudo, percebe-se que a resistência da Autoridade Policial em render-se ao sistema acusatório abraçado pela Constituição de 1988 que nos incisos I e VII do art. 129 conferiu ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal e o controle externo da atividade policial. Tal resistência possui raízes históricas, culturais e políticas.

Basta que se faça uma revisita ao Código de Processo Criminal do Império de 1832 e a reforma que sofreu em 1941, sob a égide do Estado Novo de Getúlio Vargas, para comprovar a assertiva de que os Delegados de Polícia, desde aquela época habituaram-se ao papel de auxiliares dos Juízes. O Chefe de Polícia da Corte e das Províncias, por exemplo, eram escolhidos pelo Imperador dentre Desembargadores e Juízes que também eram da livre escolha do Imperador. Esse sistema manteve-se até 1871, com a edição da Lei nº 2.033, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4.824, de 28 de novembro de 1871, que criou o inquérito policial com a denominação que mantém até hoje.

O atual Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº de inspiração fascista, nos dispositivos que disciplinam as atribuições da Autoridade Policial – artigos 4º a 12 – não previu a relação triangular entre Juiz, Promotor de Justiça e o Delegado de Polícia como decorrência lógica do sistema acusatório consagrado pela Constituição de 1988.

No ordenamento jurídico constitucional brasileiro o parágrafo único do art. 10 do CPP, repita-se de índole, marcadamente, inquisitiva e de duvidosa constitucionalidade transformou o Juiz numa espécie de intermediário de luxo na tramitação do inquérito policial entre o Delegado de Polícia e o Ministério Público. Essa lacuna remanesceu em prejuízo da celeridade do procedimento e do direito de defesa do investigado, uma vez que o Juiz apenas exara um despacho de mero expediente e encaminha a peça informativa ao Ministério Público para formação da *opinio delicti*.

2 A TRAMITAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL E AS REGRAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A propósito do assunto convém registrar a opinião de Elmir Duclerc², que assevera:

² DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105.

Não há semelhante regra disciplinando os destinos do inquérito quando crime for de ação penal pública, mas o silêncio do legislador não chega a ser um problema, pois o exercício da ação, nesses casos, é privativo do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da CF, e os autos, assim, não podem ter outro destino senão irem com vistas para o órgão ministerial com atribuições legais para tanto. Não há outra coisa que o Juiz possa fazer senão despachar nesse sentido. Nessa linha de raciocínio, aliás, parece claro que o próprio art.10 do CPP, que ora comentamos, não foi recepcionado pelo texto constitucional de 1988, por duas razões: a) primeiro, por instituir uma espécie de fase procedimental (a passagem dos autos pelo judiciário) que acaba consumindo tempo e força de trabalho dos servidores do judiciário e do Juiz, e não serve para coisa alguma violando, assim, o princípio da proporcionalidade; b) depois, porque, o dispositivo legal sob a análise estaria em descompasso com o sistema acusatório de processo penal. (DUCLERC, 2008, p. 105).

No Estado do Pará, ao contrário de outros Estados como Rio de Janeiro e Amapá, nos quais a questão foi solucionada com a implantação das Centrais de Inquéritos, que regulamentaram o trânsito dos procedimentos investigatórios policiais, diretamente, entre a polícia, a Corregedoria da Capital baixou o Provimento nº 006, de 05 de outubro de 2006, cujo artigo 1º prevê:

Art. 1º Os atos processuais adiante elencados independem de despacho, devendo ser realizados pelo Diretor de Secretaria ou seu eventual substituto.

§ 1º. Nos processos criminais:

I – a abertura de vista dos autos do inquérito oriundo da polícia, ao Ministério Público, inclusive quando houver pedido de dilação de prazo para conclusões da investigações

II – A devolução dos autos de inquérito policial, para cumprimento de diligências requeridas pelo Ministério Público;

III – A devolução dos autos do inquérito policial à Delegacia de Polícia para conclusão das investigações, quando o Ministério Público entender necessária a dilação de prazo, que ocorrerá pelo período de 30(trinta) dias, salvo quando outro for indicado pela Autoridade policial ou pelo Promotor de Justiça. (PARÁ. Tribunal de Justiça. Diário da Justiça, 20 out. 2010).

Nota-se que o próprio órgão responsável pela orientação dos membros do Poder Judiciário paraense manifestou-se no sentido de reconhecer, em tese, a inconstitucionalidade material do § 1º do art. 10 do CPP e a inconveniência da participação do Magistrado no trânsito dos inquéritos policiais que não resultem de prisões em flagrantes, preventivas e temporárias. Contudo, a decisão da Corregedoria mudou apenas a instância burocrática, ou melhor,

transferiu-a para o Diretor de Secretaria, remanescendo, porém o ato procrastinatório.

3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Discorrendo sobre o conflito das normas do Código de Processo Penal com o sistema de princípios processuais penais instituídos pela Constituição de 1988, Ada Pellegrini Grinover³ pontifica:

É fato notório que o Código de Processo Penal de 1941 se encontra totalmente superado pela realidade dos novos tempos, que exige um estatuto que prime pela eficiência, evitando formalidades e procrastinações inúteis, de modo a tornar o Processo Penal mais simples, célere e aberto. Por outro lado, a Constituição de 1988 introduziu no sistema penal princípios e regras com as quais o Código de Processo Penal entrou em conflito, de modo que muitas de suas normas perderá eficácia em face da nova ordem jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição.

Não se pretende, em absoluto, minimizar ou subtrair as atribuições persecutórias e jurisdicionais cometidas à Autoridade Policial, mas tão somente sintonizá-las com as novas regras estabelecidas pelo Constituinte originário. Nesse novo cenário, o exercício do controle externo da atividade policial, reservado ao Ministério Público deve ser interpretado à luz do texto constitucional e não sob os influxos das regras do carcomido, autoritário e ultrapassado Código de Processo Penal no tocante à investigação criminal.

Em consonância com a missão conferida ao Ministério Público da titularidade da ação penal preconizada no art. 129, I, da CF/88 a verdadeira finalidade da investigação criminal a cargo da Polícia judiciária calcada no vetusto inquérito policial e a quem ela se destina, é tema que não deve comportar mais nenhuma controvérsia, uma vez que com a instituição do sistema acusatório no ordenamento jurídico constitucional brasileiro está, plenamente, definida a função de investigar, acusar e julgar. Todavia, faz-se necessário realizar uma “filtragem constitucional” do inquérito policial e submetê-lo aos ditames dos princípios processuais penais da Carta Magna e revisar o papel reservado ao Juiz, ao Delegado de Polícia e ao Ministério Público.

³ BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Coord.) *Reforma do Judiciário: Comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309.

Por isso o deslinde da verdadeira finalidade do inquérito policial perpassa pela filtragem constitucional e a redefinição do papel dos integrantes do sistema de justiça criminal. Tourinho Filho⁴ levantou e respondeu a questão:

Qual a finalidade do inquérito policial? Pela leitura de vários dispositivos do CPP, notadamente do art. 4º e o art. 12 há de se concluir que o inquérito visa a apuração da existência da infração penal e a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la. (TOURINHO FILHO, 2000, p.198).

Não é diferente o entendimento esposado por Mirabete⁵ de que:

O Inquérito policial é todo procedimento destinado a reunir elementos necessários à apuração de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de prisão em flagrante, exames periciais etc. Seu destinatário imediato é o Ministério Público (no caso de ação penal pública) ou o ofendido (na hipótese de ação penal privada), que ele forma a *opinio delicti* para a propositura da denúncia ou da queixa. O destinatário mediato é o Juiz, que nele pode encontrar fundamentos para julgar. (MIRABETE, 2001, p. 76).

É indubitoso que o Ministério Público é destinatário imediato do inquérito policial, por isso não tem mais sentido, nem fundamento jurídico constitucional, que o trânsito desses procedimentos continuem a sair da polícia e sigam, diretamente, ao Poder Judiciário e, depois é que são remetidos ao Ministério Público. Rodrigo Chemin Guimarães⁶ adverte que esse “passeio” consome tempo, sem que nada de efetivo se produza no inquérito, contribuindo para a morosidade da justiça e para a verificação da prescrição punitiva do Estado.

4 ESTRATÉGIAS PARA A EFETIVIDADE DO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Some-se a tudo isso o fato de que o Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça – CNPG editou e divulgou no mês de agosto de 2009, o “Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial”⁷, no qual

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 198.

⁵ MIRABETE, Julio Fabrinini. *Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 76.

⁶ GUIMARÃES, Rodrigo Regnier Chemim. *Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Curitiba:Juruá, 2003, p. 124.

⁷ Manual de Controle Externo da Atividade Policial/ Coordenado por Alice de Almeida Freire – Goiânia: MP, 2009, p. 27.

constam várias diretrizes sobre a necessidade da tramitação direta dos inquéritos entre a polícia e o Ministério Público, enfatizando o seguinte: a atuação do Ministério Público junto aos poderes do Estado objetivando a tramitação direta do inquérito policial entre as polícias e a instituição.

O documento⁸ em referência admoesta que no sistema acusatório, o Juiz, como regra, deve afastar-se do inquérito policial para resguardo da imparcialidade judicial. Caso participe ativamente da investigação pré-processual, como poderá decidir sobre mérito, proferindo sentença, sem comprometer sua imparcialidade? E se o Juiz não participa ativamente da investigação – limitando-se, como se vê, cotidianamente, a delegar ao cartório judicial a abertura de vista dos autos ao Ministério Público, quando o inquérito chega da polícia bem como seu retorno após a manifestação ministerial, então para que as “esdrúxulas” normas que exigem o “passeio” dos autos pelo Poder Judiciário?

Feitas essas considerações, é forçoso reconhecer que a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a autoridade policial e o Ministério Público é apenas uma das medidas para efetivação do exercício do controle externo da atividade policial no Estado do Pará, que ao lado das demais que seguem abaixo, auxiliarão o Ministério Público a velar pela titularidade da ação penal e dos direitos fundamentais:

- a) Atuação articulada das promotorias criminais no exercício do controle externo da atividade policial – promotorias de direitos humanos e controle externo da atividade policial, militar, execução penal, juízo singular, tribunal do júri, entorpecentes e violência doméstica, grupo executivo de combate às organizações criminosas – GEPROC e coordenadorias das promotorias criminais da capital;
- b) Adoção de mecanismos (convênios de cooperação técnica) de acesso aos procedimentos e banco de dados das polícias civil, militares e dos institutos de perícias científicas e do tribunal de Justiça do Pará (*Sispweb, Laudos e Antecedentes Criminais on line*);
- c) Controle externo como atividade obrigatória das promotorias de justiça criminais e direitos humanos. Controle difuso e concentrado;
- d) Regulamentação por meio de ato normativo do Colégio de Procuradores de justiça da Central de Inquérito e Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial ou estrutura similar;

⁸ Idem, p. 66.

- e) Tramitação direta dos inquéritos policiais entre a Polícia Civil e o Ministério Público, de acordo com sugestão do Centro de Apoio operacional criminal por meio do expediente nº140/2009/MP/CAO-CRIMINAL combinado com a resolução nº 63, de 26 de junho de 2009, do Conselho de Justiça Federal.
- f) Acompanhamento de políticas públicas – segurança pública – plano estadual e fiscalização da execução orçamentária.

O propósito deste estudo é contribuir para o debate em torno de um tema que ganhou maior visibilidade com o advento da Constituição de 1988 – controle externo da atividade policial - e se tornou prioridade no âmbito do Ministério Público a partir da edição da Resolução nº 20 de 28 maio de 2007, baixada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. O desafio, agora, é implementá-lo e transmudá-lo em instrumento de garantia e efetividade dos direitos fundamentais. O trânsito direto dos inquéritos policiais entre a Polícia e o Ministério é um passo, sumamente, importante para esse desiderato.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Coord.) *Reforma do Judiciário: Comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREIRE, Alice de Almeida (coord.). *Manual de Controle Externo da Atividade Policial*. Goiânia: MP, 2009.

GUIMARAES, Rodrigo Regnier Chemim. *Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrinini. *Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PARÁ. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça da Região Metropolitana de Belém. *Provimento nº 006 de 05 de outubro de 2006-CJRM*. A Exm^a. Sr^a. Desembargadora Carmencin Marques Cavalcante, Corregedora de Justiça da Região Metropolitana de Belém, no uso de suas atribuições legais,

etc... Resolve: Art. 1º Os atos processuais adiante elencados independem de despacho, devendo ser realizados pelo Diretor de Secretaria ou seu eventual substituto Diário de Justiça do Estado do Pará, 28 jun. 2012, p. 498. Diário da Justiça, 20 out. 2010.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2. ed. Bauru/SP: Edipro, 2007.

SILVA, Aldir Jorge Viana. *Guia do Promotor de Justiça o Controle Externo da atividade Policial*. Belém: Pará, Ministério Público, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO E PERSPECTIVAS DE DEMOCRACIA PLENA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA

Ana Maria Magalhães de Carvalho¹

PALAVRAS-CHAVE: Processo de democratização. Democracia. Igualdade e liberdade. Dahl. Inclusividade. Competição eleitoral. Constituição.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TRAJETÓRIA DO GOVERNO DO POVO. 3 DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA. 4 DEMOCRATIZAÇÃO E DEMOCRACIA. 5 VALORES DEMOCRÁTICOS: LIBERDADE E IGUALDADE. 6 DEMOCRACIA NO BRASIL. 7 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPETIÇÃO ELEITORAL NO PARÁ. 8 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil iniciou o processo de democratização (ou de redemocratização, se considerarmos os curtos períodos em que o governo era eleito pelo povo mediante sufrágio restringido) pela atuação das forças sociais² em ‘prol’ da liberdade, que pouco a pouco ganharam corpo nas cidades e no campo tornando muito alto, para o regime autoritário, o custo da repressão. Transição negociada, progressiva, mas lenta, a conscientização social tem seu resultado expresso na Constituição: o sonho de uma sociedade livre, justa e solidária a ser alcançado por meio da democracia representativa e participativa que emana do texto fundamental, capaz de realizar os valores de igualdade, liberdade e fraternidade.

Entretanto, em vinte anos os avanços esperados não se fizeram realidade na proporção imaginada, e continuamos a afirmar que vivemos um “processo

¹ Promotora de Justiça. Mestra em Direito pela UFPA. Especialista em Ciências Políticas pela UFPA. especialista em Processo Civil pela FGV. Graduada em Direito pela UNAMA. e-mail: acarvalho@mp.pa.gov.br

² Com destaque para a sindical, que não foi desmantelada pela ditadura militar e cresceu vertiginosamente depois de 1973. Conforme: FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. p. 276.

de redemocratização” do qual só conhecemos o início e sequer imaginamos quando se consolidará.

Em busca de compreender como evolui a democracia, passamos a estudar o sistema em suas linhas gerais.

2 TRAJETÓRIA DO GOVERNO DO POVO

O **governo popular**, depois de haver florescido como ideia e como prática na Grécia e em Roma, clássicos há mais de dois mil e quinhentos anos, **desapareceu** por completo por um período de quase mil anos, só voltando a ressurgir por volta 1.100 d.C. em algumas cidades do norte da Itália, as quais procuraram seguir o modelo da antiga república³ romana.

Instituições básicas dos governos representativos modernos - tais como **Parlamento nacional**, composto por representantes eleitos pelo povo, e **governos locais**, subordinados a um governo nacional - **não chegaram** a ter existência em nenhum desses lugares⁴. A combinação dessas instituições políticas, hoje tidas como elementares para um regime democrático, só vai apresentar-se bem depois, na região da Grã-Bretanha, Escandinávia, Países Baixos, Suíça e outros países ao norte do mediterrâneo. Nessa segunda aparição, que não era mais do que um esboço de assembleias locais, a ideia de governo exercido por representação desenvolveu-se lentamente, sem evidência de qualquer traçado intencional e com grandes percalços, até chegar

³ Dahl (1999) salienta que “democracia” e “república” originalmente se referiam a um governo popular. A diferença entre elas é que se derivaram de línguas diferentes, isto é, enquanto a Grécia adotou o termo “democracia” para nominar o seu governo do povo, os romanos o chamaram “república”, assim também as cidades-estado italianas que implantaram governos populares por volta de 1000 d.C. A diferenciação dos dois termos, diz Dahl, foi feita por James Madison em 1787 em um *paper* que redigiu para conseguir apoio à proposta constitucional dos Estados Unidos. Nele, Madison diz que uma democracia pura é uma sociedade integrada por um reduzido número de cidadãos que se reúnem em assembleia e administram pessoalmente o governo, enquanto uma república é um governo que se efetiva por meio da representação. Essa distinção, afirma o cientista político, não tem fundamento na história pois nem em Roma e nem em Veneza houve um sistema de representação, sendo que as primeiras repúblicas encaixam-se bastante na definição que Madison fez de democracia e ambos os termos eram utilizados indistintamente nos Estados Unidos durante o século XVIII. DAHL, Robert. *La democracia: uma guia para los ciudadanos*. Traducción de Fernando Vallespín. Santafé de Bogotá, Colômbia: Tauros Pensamiento, 1999. p. 24.

⁴ “O governo republicano das cidades-estado italianas começou a declinar quando apareceram os perenes inimigos do governo popular: declive econômico, corrupção, oligarquia, guerra, conquista e tomada do poder por parte de governos autoritários. As cidades-estado também estiveram condenadas como fundamento do governo popular pela emergência de um rival com forças muito superiores: o Estado nacional ou país. As cidades e outras populações ficaram destinadas a incorporar-se a esta entidade mais ampla e poderosa, convertendo-se em unidades subordinadas do governo”. DAHL, Op. Cit., p. 22. Tradução livre, realizada pela mestrand.

ao sistema que a Inglaterra⁵ apresentava no século XVIII, no qual existia um rei e um parlamento que limitavam reciprocamente suas autoridades⁶.

No entanto, essa forma tripartite de exercício do poder estatal (representativa do fim do Absolutismo⁷ inglês) não havia sido alcançada pelos demais Estados da Europa, os quais iniciam o Século das Luzes mergulhados na mesma conjuntura econômica fundada no centralismo político e no Mercantilismo⁸. Este sistema, que enriquecera a Europa nos séculos anteriores possibilitando grande transformação da vida material e espiritual, não mais atendia aos rumos de alargamento da economia empreendidos pelo Velho Continente naquele limiar do século XVIII. Em seu lugar, desenvolvia-se um novo modelo econômico - o Capitalismo – a exigir, segundo os seus teóricos⁹, a não intervenção do Estado como condição para sua expansão em ilimitadas proporções – pretensão máxima da burguesia.

Destarte, a rica classe social que durante séculos apoiou o Absolutismo como regime que atendia aos seus interesses de enriquecimento (pela capacidade de organizar a sociedade e possibilitar o desenvolvimento do comércio) ora vê seus interesses prejudicados pelo excesso de intervenção do Estado na economia¹⁰.

Nessa conjuntura, o sistema político inglês passa a ser muito admirado na Europa, principalmente pelo enaltecimento que lhe foi dado pelo político e filósofo iluminista Montesquieu, que nele se inspirou para elaborar a “Teoria da Separação dos Poderes”, desenvolvida em sua famosa e até hoje lida e comentada obra “Do Espírito das Leis”.

A ideia de controle do poder político que essa concepção encerra e as demais teorias fundadas na igualdade, na liberdade e na racionalidade que vinham se construindo pouco a pouco por outros grandes filósofos iluministas, como Voltaire, Rousseau, Diderot, d’Alembert e outros, contrastam com a conservação das velhas estruturas jurídicas do Absolutismo. Elas se alastram

⁵ Sobre o desenvolvimento político da Inglaterra nesse período, consultar JAGUARIBE. Helio. Um Estudo Crítico da História. Tradução de Sergio Bath. – São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 506/519.

⁶ DAHL, Op. Cit., p. 21.

⁷ O absolutismo – centralização dos poderes do Estado na figura do soberano - se firmou a partir do século XVII na Europa, como ponto de chegada de um processo iniciado na Idade Média, alimentado pelo apoio político e financeiro da classe burguesa que enriquecera com o incremento da atividade mercantil ocorrida nessa fase da história mundial como decorrência de novas descobertas. (conforme MOUSNIER, Roland. *História Geral das Civilizações*. Os séculos XVI e XVII. Os progressos da civilização européia. Vol. 9. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995).

⁸ Sobre Mercantilismo, consultar MOUSNIER, Op.Cit.

⁹ Principalmente François Quesnay, Vincent de Gournay e o escocês Adam Smith.

¹⁰ Sobre os acontecimentos do século XVIII, ver CROUZET.Maurice.*História Geral das Civilizações. O Século XVIII. O Último Século do Antigo Regime*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995

e passam a exercer enorme influência em todo o continente europeu¹¹, assim como atravessam dois oceanos para encontrar caloroso eco nas treze colônias inglesas da América do Norte, inspirando revoluções que vão determinar o aparecimento do Estado de Direito.

Com efeito, a Virgínia **declara**, em 1776, no contexto da luta pela independência, a **soberania popular** e a condição de **livres e iguais de todos os homens**.¹²

Em 1787, os americanos, já reconhecidamente independentes, promulgam sua Carta Constitucional, que se inspira no sistema inglês, adotando o Princípio da Separação dos Poderes e o sistema bicameral. Mas os fundadores do novo Estado não se resumem a copiar o que havia na Europa e ousam pensar o novo, inventando o Estado composto, que ganha o nome de Federação. Também lançam as bases da moderna democracia representativa e enfatizam a necessidade de garantir os direitos individuais liberais em uma Constituição escrita, a soberania popular exercida por representação e a responsabilidade do governante perante os governados, por meio do Poder Legislativo.

Dois anos depois eclode a Revolução Francesa, que afirma os valores de igualdade, liberdade e fraternidade como os pilares de toda e qualquer sociedade, enquanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão declara a universalidade dos direitos fundamentais.

Conforme Dahl¹³, apesar de o pensamento liberal que motivou essas revoluções não ser democrático em sua essência, haja vista que permitia desigualdades e privilégios, a positivação de direitos fundamentais e, principalmente, a declaração de igualdade de todos os seres humanos se transformam em um sustentáculo para a postulação de novos direitos por parte da classe de trabalhadores que se forma com a Revolução Industrial.

O novo século XIX, marcado pela ascensão do Capitalismo, também evidencia os combates do proletariado operário, proporcionando conquistas para a classe trabalhadora, como a legalização dos partidos políticos de massa oriundos de movimentos sociais e a permissão para o funcionamento das organizações sindicais; as instituições liberais-democráticas ganham

¹¹ Notadamente na França e na Escócia, sendo que esta estava entre os países mais pobres e atrasados da Europa Ocidental do século XVIII. Importantes intelectuais associados ao Iluminismo escocês foram, entre outros, Francis Hutcheson, David Hume, Adam Smith, Thomas Reid, Robert Burns, Adam Ferguson e James Hutton. Sobre os grandes filósofos do Direito, consultar: MORRISON, Waine. *Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹² Apesar da existência de escravos e da condição subalterna da mulher, conforme DAHL. Op.Cit.

¹³ DAHL, Op .Cit.

maior estabilidade, inclusive são enriquecidas com a socialização da política que prossegue inexoravelmente em direção ao sufrágio universal. Os ideais libertários e as convulsões políticas que marcaram o singular Século das Luzes se protraem pelos primeiros anos do século seguinte alargando a campanha antiescravista que, até o final do século XIX, logra abolir juridicamente o regime escravocrata na maioria dos países do ocidente. A burguesia chega definitivamente ao poder, assumindo o controle do Estado por meio do voto censitário, ao mesmo tempo em que aclama suas concepções individualistas de liberdade e de igualdade.

A independência se amplia na América do Norte depois da guerra civil (1861 e 1865) e o país chega ao século XX como a grande potência mundial. Em terras inglesas, a adesão da maioria dos segmentos sociais às regras de competição política finca os alicerces do Estado do Bem-Estar Social.

No século XX, a **sociedade** se massifica e **sua força invencível** obriga a maioria dos governos democráticos de todo o mundo a adotar a universalidade do voto. Despontam a **democracia de massa** como o grande fenômeno da segunda metade do século XX e início do XXI. Seus meios, fins e modo de utilização dos recursos políticos passam a acalorar os debates entre estudiosos das diversas áreas das ciências sociais e jurídicas.

3 DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

Historiadores consideram que - assim como o Iluminismo e o Liberalismo marcaram, respectivamente, os séculos XVIII e XIX - o desenvolvimento e a emergência da **sociedade de massa** (e da democracia de massa) foram o grande sucesso da centúria passada. Assim, a democracia representativa que hoje vigora em vários países de todo o mundo¹⁴ **é um produto do século XX**, dotado de **características sem precedentes** na história da humanidade, incomparável mesmo em relação à **democracia representativa** que existiu no século XIX, na qual vigorava o sufrágio **restringido**, enquanto modernamente

¹⁴ Segundo LIJPHART “Existem muitas maneiras pelas quais uma democracia pode organizar e funcionar. Na prática, também, as democracias modernas apresentam uma grande variedade de instituições governamentais formais, como legislaturas e tribunais, além de sistemas partidários e grupos de interesse. Entretanto, padrões e regularidades nítidos surgem ao se examinarem essas instituições sob o ângulo da natureza de suas regras e práticas. A definição mais básica e literal de democracia: governo pelo povo, ou, no caso da democracia representativa, governo pelos representantes do povo – e também a partir da famosa frase de Abraham Lincoln segundo a qual democracia significa governo, não apenas pelo povo, mas também para o povo”. LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Editora Civilizações Brasileiras, 2003. p. 17.

- tanto na teoria quanto na prática - o voto universal, salvo poucas exceções, é conceito indissociável de **regime democrático**¹⁵.

4 DEMOCRATIZAÇÃO E DEMOCRACIA

A promulgação da atual Constituição representou para o povo brasileiro um **fim** e um **começo**. Ao mesmo tempo em que foi o **ponto culminante** de um processo iniciado ‘timidamente’ em 1974¹⁶ em busca da superação da

¹⁵ A esquerda considera que democracia e socialismo são inseparáveis, entendendo que a ampliação da cidadania, como processo progressivo e permanente de construção dos direitos democráticos, se choca com a lógica do capital. Há pelo menos duas correntes socialistas entre nós (nos partidos de esquerda e também como “facções” dentro do Partido dos Trabalhadores): uma delas afirma que a democracia participativa é o instrumento para a construção da “alternativa socialista” (transformação da sociedade capitalista em socialismo), mas a estratégia de luta para o alcance dessa pretensão deve ocorrer dentro das regras vigentes, isto é, no âmbito da democracia representativa. Significa dizer que a luta pela democracia por parte dos militantes de esquerda não precisa estar necessariamente atrelada a uma estratégia específica de implementação de um programa socialista, pois compreendem que a universalização da cidadania é um conceito incompatível com o de classes sociais e, portanto, a própria ampliação da participação cidadã irá conduzir à ruptura com o capitalismo. Outra corrente, na qual se insere Carlos Nelson Coutinho, entende que a estratégia da luta por meio das instituições existentes nada mais é do que o Gramsci chamou de “pequena política”. Ela atua nos quadros da ordem existente como “política do corredor”, do parlamento etc., que não coloca em discussão a transformação radical da sociedade, de forma que esvazia a “grande política” (política que cuida de estruturas, ou da transformação e da conservação da sociedade como um todo). Então, a estratégia para a democracia seria lutar por reformas que entrem em contradição com a lógica do capital e possam levar a sua superação. A democracia no socialismo teria instituições que não fazem parte nem do arcabouço teórico nem da realidade dos regimes puramente liberais. A estratégia seria substituir a coerção pelo consenso, participação livre e autônoma das pessoas. Porém, para o pensamento socialista, o fundamento de toda essa idéia de democracia como socialização do poder é a participação nos moldes rousseauianos, isto é, democracia se faz com a participação de todos.

¹⁶ Em 1974 o presidente militar Ernest Geisel inicia o processo de abertura política institucional ao permitir a propaganda eleitoral gratuita na televisão e no rádio. No entanto, ele anuncia que a **distensão** (nome pelo qual o ditador denominou o processo) seria conduzida de forma “lenta, gradual e segura”. De fato, foram necessários quase 14 anos de resistência social para que o Brasil alcançasse a vitória que se estampa no texto da Constituição. Muitos retrocessos ocorreram depois do primeiro passo dado em 1974: aumentaram os casos de tortura nos cárceres militares, inclusive com resultado morte, como o do jornalista Vladimir Herzog, assassinado em outubro de 1975 numa cela do DOI-Codi, órgão do 2º Exército, em São Paulo, e do metalúrgico Manuel Fiel Filho, também executado nas dependências do DOI-Codi em janeiro do ano seguinte. Em 1976, à porta das eleições municipais que ocorreriam em novembro daquele ano, é editada a Lei nº 6.339/76 (“Lei Falcão”), que modifica a legislação eleitoral para limitar a propaganda eleitoral no rádio e na televisão à divulgação da legenda, do currículo e do número do registro do candidato na Justiça Eleitoral. O escopo da norma era evitar o debate político para garantir a vitória dos candidatos do partido da Aliança Renovadora Nacional – Arena. Não obstante a lei, o MDB vence as eleições para prefeito e conquista a maioria nas câmaras municipais em 59 das 100 maiores cidades do país. Em 1977 o governo edita o chamado **Pacote de Abril**, constituído de uma emenda constitucional (EC-08, de 14 de abril de 1977) e seis decretos-lei que alteram as regras das eleições que ocorreriam no ano seguinte com a finalidade de garantir ao regime militar uma base de apoio no Congresso Nacional. Em 1978 o governo proíbe greves em setores considerados estratégicos para a segurança nacional, como o de energia. Em compensação, acaba a censura prévia a publicações e espetáculos. Em 1979 são revogados os atos institucionais, isto é, as normas de natureza constitucional expedidas entre 1964 e 1969 pelos governos militares que se sucederam após a deposição de João Goulart, em 31 de março de 1964. Em 1979 o general João Batista Figueiredo, então Presidente da

ausência de liberdade de organização política, **significou** também o marco inicial de um processo de transformação da cultura política e das relações Estado-sociedade¹⁷.

Podemos dizer, de outra forma, que a conquista de uma Constituição arrojada no reconhecimento de direitos e garantias fundamentais traduziu-se como a condição absolutamente necessária para o afastamento do regime autoritário, pois a partir de sua promulgação **legalizou-se** um sistema político nos moldes das democracias mais avançadas, isto é, altamente inclusivo (sufrágio universal, direto e secreto) e com ampla possibilidade de competição política (liberdade de associação), tornando possível a contestação pública das condutas do governo. **Por outro lado**, o que se firmou por meio do Direito Constitucional foi o **processo rumo à democratização**, uma vez que a democracia não se limita unicamente a ser um método político e sim, substancialmente, um **sistema de direitos**, no qual a **igualdade** e a **liberdade** se traduzem como valores que se projetam muito além da possibilidade legal de voto universal, participação política e pluripartidarismo, assumindo caráter de capacidade de desenvolvimento integral.

República, sanciona a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) e restabelece o pluripartidarismo. Mas as dificuldades da abertura ainda eram patentes: em 1980 vários líderes sindicais da região do ABC, dentre os quais o atual Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva, então presidente do recém-criado Partido dos trabalhadores – PT, são presos. Ainda naquele ano, vários atentados terroristas com explosão de bombas ocorrem em diversas cidades do Brasil, inclusive na sede da Ordem dos Advogados do Brasil, no Rio de Janeiro, e em Belém, onde a livraria Jinkings é incendiada. Em 1983 o PT adota como prioridade promover a campanha pelas eleições diretas para Presidente da República e, para esse fim, se une a outros partidos. A partir de 1984 o movimento pelas eleições diretas supera o âmbito partidário e converte-se em uma unanimidade nacional. Forma-se, então, um movimento suprapartidário em favor da aprovação da emenda constitucional, proposta pelo deputado Dante de Oliveira, para restabelecer a eleição direta para Presidente da República. A campanha “diretas já” espalha-se por todo o país, mas a emenda é derrotada no Congresso Nacional em 25 de abril de 1984. A mobilização popular persiste a forçar a transição para a democracia, possibilitando a articulação política que culminou com a eleição de Tancredo Neves (à frente de uma chapa formada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro -PMDB e pelo Partido da Frente Liberal - PFL) para Presidente da República pelo Colégio Eleitoral, em 15 de janeiro de 1985. O político mineiro não chega a tomar posse e morre em 21 de abril de 1985. Seu vice, José Sarney, assume a Presidência. A última eleição indireta marca o fim do regime militar, mas a transição para a democracia só se completa em 1988, com a promulgação da nova Constituição. (Dados históricos conforme FAUSTO, Boris. *1930 – História concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006, p. 270/284; As leis citadas foram pesquisadas no site <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/>. Acesso em 20. jun.2009.

¹⁷ Essas relações têm sido prejudicadas pela persistência do autoritarismo, o qual abala a confiança das pessoas no regime democrático. A Polícia, por exemplo, muitas vezes parece ter dificuldade para encontrar seu papel no Estado democrático: com **muita** frequência seus agentes ignoram a garantia da CF, art. 5º, LXI, e realizam prisões sem flagrante e sem ordem judicial. As pessoas presas ilegalmente são deixadas em diminutas (e muito sujas) celas que geralmente existem nas delegacias dos interiores, denominadas pelos próprios policiais de **corró**, diminutivo de **corretivo**. A visita constante do Promotor de Justiça às delegacias de polícia é absolutamente necessária para inibir tal prática.

5 VALORES DEMOCRÁTICOS: LIBERDADE E IGUALDADE

O ideal democrático, então, estrutura-se sobre dois conceitos principais: o de igualdade e o de liberdade. A estes, a Revolução Francesa incluiu o de fraternidade. Atributo genérico da natureza humana, a igualdade tem como condição extrínseca a conquista da liberdade. A fraternidade é entendida como o valor ético individual e social que determina os fins e a forma de utilização dos meios políticos. Por meio dela compreende-se que as noções de igualdade e de liberdade não podem ser entendidas como valores subjetivos, isto é, como liberdade e igualdade do eu interior, sem conexão com o mundo da vida, pois não será fraterna a sociedade na qual o homem for “o lobo do homem”, ou a desigualdade social for a tônica preponderante, ou onde haja senhor e escravo.

A liberdade e a igualdade dentro de um sistema de governo do povo e **verdadeiramente para o povo** - ou seja, segundo a preferência do povo - não podem estar desvinculadas do dia a dia concretamente vivido por cada componente desse povo. A democracia exige liberdade e igualdade como direitos passíveis de serem vivenciados individual e coletivamente.

Mas essa fórmula reduzida esconde a grande dificuldade da significação desses valores sobre os quais, desde a Antiguidade Clássica, têm sido feitas diferentes construções¹⁸.

Em conferência realizada em 1819, quando tentava explicar o fracasso da democracia direta que a República Jacobina da França (1792-1794) tentou implantar por meio das comunas urbanas, o pensador liberal Benjamin Constant afirmou haver dois sentidos para o valor liberdade, que ele chamou de liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. No primeiro sentido – adotado pelos gregos e romanos da Antiguidade Clássica –, trata-se de liberdade **no** Estado (no caso, na *polis*), portanto, coletivista, que se realiza na participação pessoal e direta nos negócios públicos. No segundo sentido, dos modernos, a liberdade é alcançada pela autonomia do indivíduo perante o Estado, é liberdade **do** Estado, importando em ausência de restrições à atividade individual, de forma que o Estado deve existir apenas para garantir os direitos naturais.

¹⁸ Cecília Meireles, em *Romanceiro da Inconfidência*, esclarece verdadeiramente o que é a liberdade: “Liberdade, essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”. MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. Rio de Janeiro: Editora Letras e Artes, 1965. p. 70. Projeto Releituras Arnaldo Nogueira Jr. Disponível em: < http://www.releituras.com/cmeireles_romanceiro.asp >. Acesso em: 02 fev. 2009.

Em 1969, na obra “Quatro ensaios sobre a liberdade”, o filósofo inglês Isaiah Berlin¹⁹ cria os termos **liberdade negativa** e **liberdade positiva** para designar as duas concepções de liberdade. A primeira era a liberdade liberal – juridicamente protegida nas constituições como direitos fundamentais, era o **poder fazer ou ser** aquilo que se escolhe sem interferências de ninguém, principalmente da autoridade política. A segunda era a liberdade civil de Rousseau – confere ao titular do direito a possibilidade de autodeterminação, que se realiza por meio do direito de participar da vida política para poder influenciar na feitura das leis, de forma que lhes guardará obediência por se tratar de um produto de sua vontade.

Em ambos os conceitos, verificamos a liberdade como sendo, por um lado, a ausência de constrangimento, e por outro, o autogoverno.

Franklin Delano Roosevelt, em histórico discurso ao Congresso Norte-Americano, durante a II Guerra Mundial, introduz outros sentidos a esse valor: liberdade passa a ser “condições materiais para que as pessoas tenham capacidade para tomar decisões sobre o curso de ação que querem dar as suas vidas”²⁰ e “ausência do medo da violência”.

Ao longo do século XX essas concepções de liberdade²¹ sofreram as modificações exigidas pela massificação e pluralidade da sociedade contemporânea. Enquanto a liberdade negativa reflete a área da moralidade e das escolhas privadas (direito à diferença, às variedades de experiências), a liberdade positiva envolve o campo da ética e das escolhas públicas, vinculando-se à ideia de igualdade no sentido de identidade de todos na cidadania como membros de uma dada sociedade que compartilham um destino comum.

Já não se fala, portanto, em liberdade, mas em um sistema de liberdades (políticas, civis, econômicas ou culturais) que pressupõe capacidade de escolha e se sintetiza em busca da igualdade social.

Em relação à **igualdade** como valor essencial da democracia, como o elemento que lhe confere um caráter distintivo de qualquer outro sistema de governo, Dahl²² faz a seguinte diferenciação: enquanto o **processo democrático** exige a **igualdade política** como condição legitimadora, a **política democrática** tem como fim a busca da **igualdade material** ou, em termos mais modestos e realistas, a diminuição das desigualdades socioeconômicas, que deve ocorrer numa dinâmica irredutivelmente disposta a transformar

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 135.

²⁰ VIEIRA. Op. Cit. p. 135.

²¹ Muito combatidas pelo comunismo, conforme assinalou SCAFF em orientação ao p. trabalho.

²² DAHL, Op. Cit.

a realidade que a tantos mantêm encarcerados em suas incapacidades de usufruírem das liberdades juridicamente garantidas.

No entanto, esse processo não tem fim, pois consiste na utopia da igualdade absoluta²³ de condição entre homens e mulheres de uma dada sociedade democrática.

Não obstante a assertiva categórica da igualdade intrínseca do ser humano pregada pela teoria democrática, Dahl²⁴ observa que é a desigualdade – e não a igualdade – que se manifesta por todos os lugares da vida, em especial quando se considera a paupérie que impõe uma vida materialmente indigna da condição humana para a maioria. Essa realidade leva muitos a afirmar que o princípio da igualdade intrínseca não passa de retórica vazia, pois estabelece um fato inalcançável na prática. No entanto, o mesmo cientista explica que devemos compreender que a asseveração segundo a qual todos os seres humanos são intrinsecamente iguais expressa um juízo moral, uma regra que obriga a contemplar o bem de cada ser humano como intrinsecamente igual ao de qualquer outro. A vida, a liberdade e a felicidade de uma pessoa não é intrinsecamente superior ou inferior à vida, à liberdade e à felicidade de qualquer outra, de forma que todas as pessoas têm o direito de possuir igual pretensão aos seus interesses fundamentais.

Em termos políticos, a consequência dessa compreensão é que todas as decisões governamentais devem dotar de igual consideração o bem e os interesses de cada ser humano a ser atingido por elas. A não aceitação do princípio da igualdade intrínseca conduz a uma alternativa absurda, constatável pelo raciocínio inverso ao já apresentado. É inimaginável acreditar que as pessoas de uma dada sociedade possam aceitar que um indivíduo ou grupo de indivíduos tenham direito a exigir que o governo trate seus interesses ou bens como superiores aos interesses e bens de outro indivíduo ou de um grupo. Sempre que uma família ou um grupo usufrui de um poder tal sobre o governo, de forma que seus bens e interesses são sempre tratados como superiores aos bens e interesses das demais pessoas do mesmo corpo social, tal fato ocorre sem o consentimento daqueles que têm seus interesses preteridos. Normalmente, o recurso utilizado para sustentar essa diferença é a força bruta ou o mito, a religião, o mistério, a tradição, a ideologia, as circunstâncias políticas, etc.

²³ Estamos tratando da igualdade intrínseca dos seres humanos, na qual não se considera as desigualdades naturais, as profundas desigualdades sociais e a diversidade humana, as quais obrigam o Estado a implementar ou patrocinar políticas compensatórias com o objetivo de resgatar ou minimizar as distorções sociais profundas, as discriminações e os preconceitos que atingem algumas minorias.

²⁴ DAHL, Op. Cit, p. 73-79.

Podemos afirmar que poucas pessoas iriam anuir, por livre e espontânea vontade, a uma situação em que os recursos públicos fossem direcionados a conferir superioridade aos interesses de quem quer que seja se disso lhes **não** adviesse alguma vantagem (ainda que ilusória).

Dessa forma, é evidente que nenhuma decisão do governo popular pode conferir tratamento superior a bens ou interesses de quem quer que seja em detrimento dos demais cidadãos e cidadãs. Um ato político que desconsidere esse princípio carece de legitimidade e, no Brasil, afronta a Constituição²⁵.

O tratamento desigual, autorizado constitucionalmente, destina-se a eliminar distorções, injustiças sociais, discriminações de minorias ou fazer compensações, isto é, a *ratio* mediata do tratamento desigual é servir de meio para a construção da sociedade livre, justa e solidária de que fala a nossa Constituição.

Como o ideal democrático se funda nos valores liberdade e igualdade em suas acepções máximas, isto é, como plenas capacidades de desenvolvimento integral do ser humano, e eles não se materializam nas vidas das pessoas por mera determinação legal, o governo popular deve buscar meios de ampliar o sistema de liberdades de forma eficaz e constante.

Considerando o modelo de Dahl²⁶, podemos dizer que uma organização política estatal que pretende implantar um regime de liberdade e igualdade máximas²⁷ partindo de um sistema não democrático (caso do Brasil antes da Constituição) deve empreender uma rota de ampliação da **inclusividade** e da **possibilidade de competição política**.

A inclusividade é a possibilidade de **participação** política. Mais inclusivo será o sistema quanto mais parcelas da população forem incorporadas politicamente, fato que ocorre pela abolição do voto censitário, inclusão das mulheres, dos analfabetos e outros excluídos até alcançar o sufrágio universal²⁸.

A segunda condição refere-se ao grau de institucionalização alcançado pelas regras de **competição política**²⁹. Quanto mais institucionalizado um

²⁵ Não raro configura um crime.

²⁶ DAHL, Robert. *Poliarquia*: participação e oposição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

²⁷ Dificilmente atingido por um governo de homens.

²⁸ Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil passou a reconhecer o direito de voto universal, incluindo os analfabetos e os jovens a partir de 16 anos. As mulheres foram incluídas em 1932, pelo Código Eleitoral Brasileiro.

²⁹ As mudanças de última hora nas regras de competição política (como, por exemplo, a Emenda Constitucional 16/97, que permitiu a reeleição de FHC - assunto que absurdamente voltou a ser cogitado em 2008 e início de 2009 - e a Emenda Constitucional 52/2006, que permitiu ampla coligação entre partidos políticos no enfrentamento das competições eleitorais) demonstram o baixo grau de institucionalização dessas regras e a inconsistência democrática do nosso Parlamento.

sistema, maior é a possibilidade de acatamento dos resultados da disputa por parte dos atores sociopolíticos³⁰ e mais reconhecido é o direito de todos a se organizarem em associações e partidos para disputar os cargos eletivos, expressando suas ideias e preferências políticas, de forma que mais interesses possam ser contemplados na representação política, fato que dificultaria a perpetuação no poder dos mesmos grupos³¹.

Na concepção dahlsiana, portanto, democratização é “[...] o processo pelo qual a contestação política ascende progressivamente e os direitos de participação são expandidos até alcançar toda a população adulta”³².

Dahl denomina Poliarquia os regimes que atinjam graus substanciais de inclusão (participação) e de competição políticas (possibilidade de fazer

³⁰ Dez dias depois das eleições municipais/2008, o vereador eleito com maior número de votos para a Câmara Municipal de Tomé-Açu-PA, Raimundo Sampaio Rodrigues, foi assassinado com quatro tiros por um homem não identificado. A população, revoltada com o fato, incendiou o Fórum e a Delegacia de Polícia do Município. Os protestos perduraram por vários dias. Outros municípios paraenses também registraram cenas de violência, em especial ataques ao Fórum, por conta dos resultados das eleições/2008. Nesse ano, a maioria dos juízes eleitorais pediu tanques e soldados do Exército para garantir a ordem no dia do sufrágio. Todos temiam eventual tumulto depois de anunciados os resultados. No dia seguinte ao pleito, os candidatos perdedores que tinham acesso à mídia partiram para desmoralizar a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral, afirmando que não tinha havido fiscalização suficiente no dia da votação, que as urnas eletrônicas foram viciadas e, portanto, o resultado não foi idôneo. Em abril/09, o prefeito recém-empossado de Barcarena-PA foi cassado (Representação Eleitoral por Captação Ilícita de Sufrágio 013/2008-65ª Zona Eleitoral, sentença de mérito em 7.4.2009): a oposição conseguiu provar que ele trocou cestas básicas por votos. Uma semana depois, ele retornou ao poder por conta de uma liminar concedida pelo Tribunal Regional Eleitoral. A decisão de mérito no grau de recurso se arrasta e os municípios permanecem na expectativa do resultado, que é de vital importância para o interesse daquela população. Dessas situações (e de muitas outras relacionadas às eleições/2008, não destacadas aqui, mas que foram noticiadas insistentemente nos jornais paraenses nos meses seguintes ao pleito), é possível inferir o baixo grau de institucionalização das regras de competição no Pará.

³¹ A observação (não metodológica, feita pela mestrandia em atendimento ao público nas diversas Promotorias de Justiça do interior paraense) indica que o Maranhão exporta para o nosso Estado expressiva quantidade de pessoas analfabetas de 7, 15, 22, 40, 60 anos, isto é, de todas e quaisquer idades, o que demonstra que gerações e gerações de analfabetos ainda persistirão entre nós ao longo de incontáveis anos. Desse dado inferimos que os sucessivos governos daquele Estado não conseguiram garantir nem mesmo a educação fundamental para grande parte da população (sem falar em saúde, alimentação, emprego e renda, moradia, etc.). No entanto, é o mesmo político – José Sarney e sua família – que lá controla o poder político desde os anos da Ditadura Militar. E ainda é aclamado por seus pares como uma das figuras mais influentes da política nacional, sendo escolhido para exercer um dos cargos mais importantes da República, no qual já esteve duas outras vezes; como também chefiou o Executivo nacional, momento em que implantou uma política econômica que levou o país à beira do caos econômico e social. Esse dado mostra o grau de nossa evolução política quanto à possibilidade de **alternância** do poder.

³² DAHL salienta que para atingir esses pressupostos a sociedade deve contar com as seguintes garantias: liberdade de formar e aderir a organizações; liberdade de expressão; elegibilidade para cargos públicos; direito de líderes políticos disputarem apoio e, conseqüentemente, votos; garantia de acesso a fontes alternativas de informação (se as informações são manipuladas a população poderá não estar fazendo pleno uso de suas faculdades decisórias e sim apenas outorgando aquilo que lhes é imposto); eleições livres e idôneas; instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência. DAHL, Robert. *La democracia*: uma guía para los ciudadanos. Traducción de Fernando Vallespín. Santafé de Bogotá, Colômbia: Tauros Pensamiento, 1999.

oposição pública ao governo). Poliarquia, então, são sistemas reais que atingiram alto grau de democratização. Já o termo Democracia, o mesmo autor o utiliza para denominar um sistema **ideal**, hipotético, no qual existiria liberdade máxima e igualdade máxima. Esse ideal serve de modelo de perfeição ou excelência para avaliar os estágios de democratização de regimes democráticos reais.

O pressuposto é que numa Poliarquia – pela via da ampla possibilidade de competição e da ampla inclusividade – a sociedade tenha conseguido desenvolver-se a ponto de eliminar consideravelmente as privações de liberdade da maioria de seus componentes, capacitando-os para o exercício de suas liberdades políticas, civis, econômicas e culturais. Em termos mais simplificados, teria solucionado o problema da redistribuição dos recursos públicos e, conseqüentemente, eliminado, em grande parte, a desigualdade de condições socioeconômicas de seus membros.

Portanto, o **objetivo** do processo de democratização é nada menos que a eliminação das desigualdades e ampliação das liberdades.

6 DEMOCRACIA NO BRASIL

Em termos estritamente legais, podemos dizer que temos, no Brasil, inclusividade máxima (pelo sufrágio universal) e razoável possibilidade de participação na competição (considerando que não há proibição de associação partidária, há liberdade de expressão e de escolha, etc.). Mas a lei, por si só, não garante essa liberdade se contra ela se têm partidos políticos débeis e dominados por verdadeiros “caciques” que impõem suas vontades e acolhem nas respectivas siglas pessoas de ética duvidosa, baixa institucionalização das regras de competição, alto custo de informação (para o eleitor) sobre a atuação efetiva dos candidatos, campanha política muito cara. Isso só para elencar algumas das dificuldades que se somam para dificultar a plena capacidade de o eleitor exercer sua liberdade política com consciência da importância do processo eleitoral para a vida de todos os componentes do corpo social.

Segundo Santos (1993),³³ historicamente, os processos de institucionalização e participação não ocorrem ao mesmo tempo. Na Inglaterra, por exemplo, a competição política alcançou relativa estabilidade no final do século XVIII, mas só no século XIX os direitos e as liberdades liberais começaram a ser garantidos aos diversos segmentos da sociedade. Subsequente

³³ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1993.

à solução desses processos, a política social ingressou na pauta de discussão, já com os atores plenamente identificados e participando ativamente da política. Nos países latino-americanos (idem na França e na Itália), as massas foram incorporadas à dinâmica da competição política antes que ocorresse a institucionalização das regras dessa mesma competição. No Brasil (como nos demais países da América Latina), o problema de redistribuição por meio da política social foi utilizado como instrumento de engenharia política para auxiliar na conciliação do problema de ampliar a participação em um sistema de baixa institucionalização.

O autor salienta que tal inversão não traz em si algum indicativo de ser determinante para a construção da ordem democrática, mas supõe que tenha contribuído (juntamente com outros ingredientes, como a debilidade dos partidos políticos) para que o Brasil tenha chegado ao século XXI com um nível de exclusão social tão alarmante, em que a **igualdade** política se mostra inexoravelmente vinculada à **desigualdade** econômica.

As considerações acima, para o filósofo, são de suma relevância porque:

Identificam a origem da instabilidade recorrente dos sistemas latino-americanos em uma peculiaridade de seu processo de formação histórica, antes que em perversidade de caráter. A instabilidade endêmica do continente latino-americano resulta primeiramente de certo tipo de engenharia política, e **pode, pois, por esta ser remediada**, antes que de causas por assim dizer naturais, de difícil transmutação. (grifo nosso)³⁴.

7 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPETIÇÃO ELEITORAL NO PARÁ

Quem acredita na democracia e participa de eleições como autoridade pública responsável por garantir o respeito às regras eleitorais enfrenta dificuldades extremas no Pará. Logo nos primeiros dias de campanha instaura-se nas zonas eleitorais um campo de batalha exaustivo e sem segurança. Os candidatos buscam os mais inimagináveis meios de comprar votos, de aliciar eleitores, de impingir medo aos mais crédulos, fazendo-os acreditar que podem descobrir a favor de quem sufragaram; utilizam, sem nenhuma cerimônia, a máquina estatal valendo-se de métodos que vão desde a ampliação das contratações de servidores no ano eleitoral (assim como demissões dos que não aderem à campanha do detentor do poder); ameaça de demissão em

³⁴ Ibid., p. 29.

massa (nos casos dos concursados, a ameaça é de perda do eventual cargo de confiança ou de transferência para a zona rural); professores são alertados de que suas horas-aula serão diminuídas; doação de bens materiais; uso dos veículos públicos para atender situações particulares de eleitores (em especial transporte de aterro, telha, tijolo); realização de festas com bandas famosas (como é proibido, disfarçam como sendo o aniversário de alguém ligado ao político, mas durante o evento um animador fala constantemente o número do candidato que patrocina a festa, como, por exemplo, “serve um uísque 14 anos na mesa do fulano”, “faz um 22”, “sicrano vai pagar 13 grades de cerveja”); manipulação da polícia com doações de gasolina e alimento com a finalidade de que se omita de atender ao chamado da autoridade ministerial e/ou da judicial nos flagrantes de crime eleitoral, até o ingresso de incontáveis ações eleitorais sem o menor fundamento, com o fito de manter o órgão ministerial e o juiz eleitoral azafamados com volumosa carga de trabalho processual, de forma a inviabilizar a fiscalização efetiva da campanha; enfim, inúmeras outras criativas formas de burlar a norma eleitoral.

Alguns métodos são tão engenhosos que nem chegamos a compreender seu funcionamento, sendo que todas essas ações têm como pano de fundo o mais absoluto silêncio por parte de toda a população. Na verdade, comentam informalmente, mas calam absolutamente perante o Ministério Público.

Podemos afirmar, com base no que vemos e vivemos, que o mundo da vida das campanhas eleitorais encontrado em nosso Estado³⁵ nos coloca no lado oposto da ideia de **comunicação livre, racional e crítica, preconizada por Habermas**³⁶ como pressuposto que deve anteceder a formação de vontade da maioria em uma democracia. Os eleitos por métodos ilegítimos e ilegais (às vezes até criminosos) sabem que suas vitórias não representam o consenso da maioria. Nas próximas eleições, não precisarão prestar contas dos avanços sociais que promoveram, da rigidez com os gastos públicos, da técnica administrativa impecável. Deverão repetir os pactos secretos por meio dos quais empreenderão novo aliciamento da vontade do povo.

³⁵ Parece que o mau comportamento durante a disputa política não é exclusividade dos nossos políticos, conforme se depreende da anotação de Vianna: “Capelletti, subscrevendo os argumentos de Shapiro, não reconhece que o executivo e o legislativo possam se comportar como instituições de vocalizações da vontade popular, uma vez que, de fato, operariam como ‘complexa estrutura política em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros do poder [e] o que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...] e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes”. VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 34.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, volume II.

8 CONCLUSÃO

O processo de democratização em busca de liberdade máxima e igualdade plena exige uma atuação do Ministério Público e da Justiça Eleitoral que logre garantir efetivo respeito às regras do processo eleitoral³⁷; teria possibilidade de produzir um significativo resultado no aprofundamento da nossa democracia, pois garantiria à sociedade a liberdade material para deliberar sobre a escolha dos seus representantes antes das eleições. É claro que liberdade de deliberação não implica em generalização da deliberação, isto é, não provoca, por si só, o envolvimento de parcelas maiores da sociedade no debate, mas essa é uma condição que, acreditamos, será buscada pelos partidos políticos a partir do momento em que os candidatos se sentirem coibidos de utilizar práticas heterodoxas na competição pelo voto, pois haverá a necessidade de trabalhar na apresentação de suas propostas e de firmar compromissos sociais.

Então, para desenvolvermos a nossa democracia pelo aprimoramento do processo eleitoral é preciso que não discutamos apenas o **dever ser** das normas eleitorais, pois devemos atentar para o que acontece, de fato, durante a campanha política. Precisamos compreender todas ou a maior parte das práticas ilegais de campanha para buscar o meio adequado de coibi-las. Acreditamos que esse meio é a fiscalização efetiva do dia a dia da competição eleitoral e não apenas do dia da eleição.

Para viabilizar a fiscalização no Pará, um dos instrumentos necessários é a criação da “polícia eleitoral”, que daria suporte à atuação das autoridades do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Quanto às ações judiciais, é obvio que também representam um meio de defesa da lisura do certame, mas para terem efetividade precisam ser encaradas como prioridade verdadeira pelo Poder Judiciário, de forma que cheguem a ser julgadas bem antes do fim do mandato de quem está sendo impugnado.

REFERÊNCIAS

CROUZET.Maurice. *História Geral das Civilizações. O Século XVIII. O Último Século do Antigo Regime*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

³⁷ É surpreendente constatar como Habermas tem razão ao insistir na garantia do procedimento como elementar para a democracia (não que os substancialistas digam o contrário disso). Op. Cit.

DAHL, Robert. *La democracia: una guía para los ciudadanos*. Traducción de Fernando Vallespín. Santafé de Bogotá, Colômbia: Tauros Pensamiento, 1999.

_____. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

FAUSTO, Boris. *1930 – História concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JAGUARIBE, Helio. *Um Estudo Crítico da Historia*. Tradução de Sergio Bath. – São Paulo: Paz e Terra, 2001.

[Legislação]. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Editora Civilizações Brasileiras, 2003.

MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. Rio de Janeiro: Editora Letras e Artes, 1965. In: Projeto Releituras Arnaldo Nogueira Jr. Disponível em: <http://www.releituras.com/cmeireles_romanceiro.asp>. Acesso em: 02 fev. 2009.

MORRISON, Waine. *Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOUSNIER, Roland. *História Geral das Civilizações*. Os séculos XVI e XVII. Os progressos da civilização européia. v. 9. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1993.

VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO PENAL

Daniela Souza Filho Moura¹

RESUMO: A Constituição Federal Brasileira atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública, e, dentro da perspectiva da garantia de direitos fundamentais, o início da persecução penal deve se dar quando lastreada em indícios suficientes de autoria e materialidade do crime. Nada obstante, muito se discute acerca da possibilidade de o Ministério Público, por intermédio de investigações próprias, munir-se dos elementos necessários à formação da *opinio delicti*. Para fim de discutir o tema, o estudo se concentra nas atribuições constitucionais do Ministério Público no Brasil, a fim de averiguar a possibilidade de investigação criminal direta pela instituição em face do sistema acusatório de processo penal adotado no Brasil como instrumento de garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas processuais penais. Investigação criminal. Polícia judiciária. Ministério Público. Poder investigatório.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PRINCIPAIS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS. 3 PRESCINDIBILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL E A INOCORRÊNCIA DE MONOPÓLIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA. 4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO CONTEXTO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DEFESA E CRÍTICA. 5 CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 alçou o Ministério Público à condição de *instituição permanente e essencial à função*

¹ Membro do Ministério Público do Estado do Pará, Titular do 2º Cargo de Promotor de Justiça Criminal de Marabá, Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo certo afirmar que, dada a sua nova roupagem constitucional, não se pode mais ver o parquet como mero órgão de acusação, uma vez que sua missão institucional, delineada pela Carta Magna, é muito maior e profunda.

No Estado Democrático de Direito devem ser resguardados os direitos e garantias fundamentais do ser humano, dentre eles o do devido processo legal, tanto em seu aspecto processual como, substancialmente, em seu aspecto material, este último consistente na compreensão de que o cerceamento de qualquer bem do cidadão, incluindo a liberdade, deve ser lastrado na necessidade de salvaguardarem-se os próprios direitos fundamentais.

O Ministério Público, como defensor do Estado Democrático de Direito, é o titular da ação penal de iniciativa pública, visto que o Brasil adota o sistema acusatório de processo penal. O sistema acusatório de processo penal funda-se na busca de garantias ao réu, de forma a diferenciar o órgão responsável pela acusação daquele responsável pelo seu julgamento. Nesse sentido, perquire-se: pode o responsável pela acusação, pelo início da *persecutio criminis in iudicium*, também desincumbir-se da missão de investigar os fatos de modo a formar a *opinio delicti*? Para analisarmos tal possibilidade, é importante termos a compreensão dos sistemas de processo penal existentes e daquele que foi escolhido pelo Estado brasileiro.

2 PRINCIPAIS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Inicialmente, destaque-se que sistema processual penal pode ser conceituado como o conjunto de regras e princípios que regem o processo destinado à aplicação da pena a cada caso concreto de infração a normas de natureza penal. Nesse sentido, dois são os principais sistemas de processo penal adotados no mundo, e em especial nos países ocidentais: o inquisitório e o acusatório.

O principal elemento diferenciador entre os dois sistemas é a distinção entre o órgão incumbido da acusação e aquele com competência para julgar a acusação, existente no sistema acusatório, mas não no inquisitório, em que não há distinção entre órgão de acusação e julgador.

É necessário enfatizar que nos primórdios da organização social humana preponderava o sistema acusatório; nada obstante, a acusação era cometida aos particulares, isto é, competia a qualquer cidadão ou ao ofendido levar ao

conhecimento do Estado-Juiz a agressão que havia sofrido, pugnando pela aplicação da pena correspondente à infração penal.

Incumbia ao acusador a produção dos meios de prova necessários à condenação do agressor, tendo sido constatada a falibilidade do sistema, em especial porque a persecução penal, na maioria das vezes, era movida pelo sentimento de vingança, e ainda porque, em razão dos custos do processo, difundia-se a impunidade, pois a maior parte dos delitos sequer era levada a julgamento, quer por falta de interesse do agravado, quer por sua impossibilidade de assim proceder.

Diante dessas constatações, o Estado compreendeu a necessidade de trazer para si a responsabilidade pela acusação, tendo, em uma primeira resposta ao problema, sido concentradas as funções de acusar e julgar em um mesmo órgão estatal.

O sistema inquisitivo tornou-se característico dos Estados autoritários, e não é imprópria a remissão à época da Inquisição Religiosa, quando a Igreja Católica se utilizava desse sistema para perseguir seus detratores, pensadores liberais e opositores, condenando à morte milhares de pessoas, sem que lhes fossem dadas quaisquer garantias de um processo justo.

Com a evolução do pensamento liberal no mundo ocidental, surge a necessidade de se aprimorar o sistema de persecução penal, de modo que mantivesse o Estado a função de acusar, porém distinguindo os órgãos responsáveis pela acusação e pela judicatura, a fim de evitar a excessiva concentração de poderes em um único órgão e como forma de garantir a necessária imparcialidade do órgão julgador.

Nesse contexto, surge a figura do Estado-Acusador que, na maioria dos Estados, se constituiu em uma organização estatal que não compõe a estrutura do Poder Judiciário, dotado de organização própria. No Brasil, esta instituição é o Ministério Público.

Saliente-se que no sistema acusatório um dos princípios mestres é o da inércia do Poder Judiciário. Não pode o Estado-Juiz, de ofício, iniciar a jurisdição penal, posto que compete a outro órgão a provocação da jurisdição por meio da ação penal.

É preciso enfatizar que os dois sistemas, como concebidos doutrinariamente, dificilmente são aplicados em sua forma pura. No Brasil, por exemplo, em que pese ser adotado o sistema acusatório, ainda há resquícios do sistema inquisitório na legislação processual penal, uma vez que alguns dispositivos do Código de Processo Penal em vigor permitem a produção de

provas pelo magistrado, que, no sistema acusatório puro, deve sempre manter a sua posição de imparcialidade, sendo-lhe obstado produzir prova de ofício, cabendo à acusação, exclusivamente, o ônus da prova.

Outros traços distintivos entre os dois sistemas processuais remontam à origem do sistema acusatório, concebido sob inspiração dos movimentos liberais de forma a garantir os direitos do réu no processo penal, de sorte que outras características lhe são marcantes, como, por exemplo, a publicidade dos atos, a garantia do contraditório e da ampla defesa, o sistema de livre convencimento do juiz e a imparcialidade do órgão julgador. Com efeito, nesse sistema os atos do processo são marcados pela publicidade e produzidos sem que sejam acobertados por sigilo, salvo em excepcionais hipóteses legais, ao contrário do processo sob o manto do sistema inquisitório, marcado pelo sigilo dos atos. A respeito do sigilo, é importante enfatizar, embora este não seja o tema central do trabalho, que em algumas diligências, em especial na fase pré-processual, o segredo das investigações é necessário para garantia da própria produção da prova. Exemplo típico de tal situação é a interceptação telefônica decretada sob sigilo, já que, caso o investigado tenha ciência da decretação da medida, esta se torna ineficaz. Nesse caso, tem-se admitido que a prova produzida na fase pré-processual, de natureza irreproduzível, para ser validada, deve ser submetida ao chamado contraditório postergado, em que a defesa pode se manifestar sobre o conteúdo da prova. Esta, aliás, é outra garantia conferida ao réu sob o manto do sistema acusatório: o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O réu, no sistema acusatório, é visto como sujeito de direitos, ao passo que no inquisitório este é tido como objeto do processo. Assim, o processo produzido no sistema acusatório assegura ao réu a ampla defesa e o contraditório como forma de garantia dos seus direitos fundamentais.

Nesse contexto, compreende-se que prepondera o princípio da presunção de inocência, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, princípio este que garante que a supressão dos direitos do réu é de caráter excepcional, e isto porque, a par de se garantir os direitos fundamentais do indivíduo, não se pode perder de vista que o processo penal visa realizar, também, o direito fundamental à segurança, este de caráter coletivo, pertencente a toda sociedade. Pertinente é mencionar que, em decorrência do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade antecipada, o ônus da prova incumbe exclusivamente à

acusação, isto é, cabe ao autor da ação penal provar, no curso do processo, que o crime ocorreu e que o réu é responsável pela conduta.

Também é importante ressaltar que no sistema inquisitório a prova é tarifada, isto é, há o escalonamento, um grau diferenciado de valoração de cada tipo de prova, sendo, em geral, a confissão a de maior validade, independentemente da forma de sua obtenção – muitas vezes espúria, abusiva. Ao contrário, no sistema acusatório vige o princípio do livre convencimento do juiz, no qual não há grau diferenciado de valoração das provas produzidas, podendo e devendo o juiz analisar cada prova produzida no curso da instrução processual e, motivadamente, decidir. Não pode o juiz se afastar, no entanto, das provas produzidas no curso da instrução processual.

O que antes era uma construção doutrinária e jurisprudencial, e sobretudo um imperativo constitucional, se materializou na nova redação dada ao art. 155² do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/2008.

O que se pretende resguardar, sobretudo, no sistema acusatório, é a imparcialidade do juiz. Nesse sistema, o juiz deve manter sua posição de garantidor dos direitos das partes, devendo manter o tratamento igualitário entre defesa e acusação. Ao juiz incumbe a direção do processo, sendo-lhe, ao menos no sistema puro, vedada a produção de qualquer tipo de prova. Nesse sentido, válida é a lição de Aury Lopes Júnior³:

Na fase processual, a gestão da prova deve estar nas mãos das partes, assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim supra-partes e preservando sua imparcialidade. Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos, objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminada está a principal garantia da jurisdição: a imparcialidade do julgador. O sistema acusatório exige um juiz espectador, e não um juiz ator (típico do modelo inquisitório).

Como se pode conceber que o órgão responsável pelo julgamento possa produzir, de ofício, prova, sem que demonstre inclinação por esta ou aquela tese? Por certo que o juiz garantidor do Estado Democrático de Direito, como

² Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

³ LOPES JUNIOR, Aury. Fundamento da Existência do Processo Penal: Instrumentalidade Constitucional. Material da 2ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNIDERP/REDE LFG/IPAN. p. 12.

deve ser hoje a feição do juiz, não pode socorrer qualquer das partes sem comprometer a sua imparcialidade. Nem mesmo a defesa. O ônus da prova incumbe exclusivamente às partes, em especial à acusação, que tem o dever de demonstrar a ocorrência do fato típico, a autoria deste e a responsabilidade do denunciado nos autos.

Em nosso país, a legislação processual penal brasileira, que vem sofrendo reformas pontuais, é muito anterior à nova ordem constitucional vigente e ainda guarda resquícios do Estado autoritário que antecedeu à nova ordem democrática. Em diversos dispositivos legais, bem como em legislações penais e processuais extravagantes, ainda há a possibilidade de o juiz conduzir de ofício a produção da prova. Exemplificativamente, o art. 156 do Código de Processo Penal autoriza que o juiz determine de ofício, antes mesmo de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas que reputar urgentes e relevantes, bem como que possa, no curso da instrução, determinar diligências necessárias para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.

Ora, se compete às partes, em igualdade de posições, produzir as provas que entenderem necessárias à comprovação dos fatos que alegam, e se compete ao juiz ser o reitor do processo, de forma que seja observada, rigorosamente, a igualdade processual, como pode o juiz, sem se afastar da imparcialidade e da inércia fundantes do sistema acusatório, determinar a produção de provas?

Por certo que a legislação, mesmo com a nova redação dada pela recente reforma do Código de Processo Penal, no ano de 2008, fere os princípios básicos do sistema acusatório, uma vez que compromete a imparcialidade do juízo ao lhe oportunizar a produção da prova sem que seja provocado pelas partes.

Mais flagrante ainda o desrespeito ao sistema acusatório é a leitura do art. 241 do CPP, que permite ao juiz a realização *peçoal* de busca domiciliar, dispensando, neste caso, a prévia expedição de mandado. Por esse dispositivo legal infere-se a possibilidade de que o juiz possa realizar pessoalmente a busca domiciliar a fim de obter a coleta de materiais relacionados à prática do crime, por exemplo, sem que necessite de mandado e sem que nenhuma das partes tenha provocado a jurisdição para tanto, o que se configura uma afronta à inércia do Poder Judiciário e coloca o réu em posição de inferioridade em relação ao Estado, que, assim, o estaria julgando e produzindo provas em seu desfavor.

Também na legislação extravagante encontramos diversos exemplos de provas que podem ser determinadas de ofício pelo juiz, tanto no curso do

processo quanto ainda na fase inquisitiva de investigação criminal. Exemplo flagrante de tal situação é a que denota o art. 3º da Lei nº 9.296/1996, que autoriza o juiz a determinar a quebra do sigilo de telecomunicações independentemente de provocação, quer da autoridade policial, quer do Ministério Público. Não se pode olvidar, tampouco, o que autoriza o art. 3º da Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/1995) acerca do acesso *pessoal* do juiz às informações relativas aos dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais dos investigados, determinando ainda, em mais uma afronta às garantias do sistema acusatório, o absoluto sigilo de suas investigações.

Tais dispositivos legais, dentre outros, devem merecer profunda apreciação por parte dos aplicadores do Direito, para que não se perca a ótica de garantia dos direitos fundamentais inerentes à adoção, pelo Estado Democrático vigente no Brasil, do sistema acusatório de processo penal. Para tanto, exige-se uma visão, na acepção do jurista Luiz Flávio Gomes, *constitucional e humanitária do Direito e do juiz*, o que implica dizer que:

O juiz, destarte, já não pode ser concebido (somente) como a boca da lei (la bouche de la loi), nem tampouco (exclusivamente) como a boca do Direito, sim, como a boca dos direitos e garantias fundamentais (do indivíduo) positivados na lei, na Constituição e no Direito humanitário internacional.

Isso significa que o juiz, quando vai dirimir qualquer conflito, deve desde logo e em primeiro lugar questionar a compatibilidade do texto legal com a CF e com o Direito humanitário internacional. O juiz já não deve se apegar só à vigência da lei, antes de tudo necessita verificar se ela é válida. É exatamente isso que está fazendo o STF, por exemplo, no julgamento da prisão civil do depositário infiel no caso de alienação fiduciária (RE 466.343-SP).

Metodologicamente isso implica (na prática) que o juiz, quase sempre, tem que proferir duas decisões: primeiro para definir qual é o sentido válido da lei aplicável; depois cuida da adequação do fato a esse Direito. Raciocinando em termos silogísticos: a premissa maior é o Direito fundado na lei, na Constituição e no Direito internacional. Uma vez descoberto o Direito aplicável (a premissa maior), de acordo com essa tríplice dimensão, passa-se para a subsunção do fato (premissa menor). Por último vem a conclusão.⁴

⁴ GOMES, Luiz Flávio. Limites do “ius puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - UNIDERP – IPAN – REDE LFG. p. 09.

3 PRESCINDIBILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL E A INOCORRÊNCIA DE MONOPÓLIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA

O órgão responsável pela acusação, no caso brasileiro o Ministério Público, para iniciar a ação penal, precisa estar munido de elementos suficientes para a formação da *opinio delicti*, consistentes na prova da materialidade do crime, das suas circunstâncias, e de indícios suficientes da autoria e da responsabilidade do agente. Esses elementos autorizam ou ainda obrigam o membro do *parquet*, em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal, a iniciar o processo, pressuposto da aplicação da pena, posto que se não há delito sem prévia cominação legal, no Estado Democrático de Direito não se concebe a aplicação de pena sem prévio processo penal, com estrita observância aos princípios garantistas do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Feitas essas considerações iniciais, deve-se indagar: é o inquérito policial a única peça a autorizar a propositura da ação penal pelo Ministério Público?

A resposta não enseja grandes dificuldades, já que é entendimento doutrinário e jurisprudencial plenamente majoritário que o inquérito policial não é o único instrumento para a formação do convencimento do Ministério Público. Com efeito, é a própria lei processual penal que esclarece, em seus arts. 12, 27, 39, § 5º, e 46, § 1º, dentre outros dispositivos legais, que o órgão ministerial pode oferecer denúncia, instaurando a ação penal, com base em quaisquer peças de informação, inclusive aquelas fornecidas pelo próprio ofendido em representação formulada diretamente ao Ministério Público. O Código de Processo Penal igualmente informa, em seu art. 4º, que a competência atribuída à polícia judiciária, de apurar infrações penais e a sua autoria, não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Nesse sentido, cumpre destacar que o Poder Legislativo, por intermédio das Comissões Parlamentares de Inquérito, tem desenvolvido significativas investigações, fornecendo subsídios valorosos para o início da persecução penal.

Também instituições como o Banco Central, dentro de suas atribuições e para os seus objetivos, conduzem atos de investigação, sendo o resultado

destes encaminhado ao Ministério Público caso haja indício de infração penal, podendo as informações prestadas ser suficientes para a deflagração da ação penal, sem que seja necessário requisitar a instauração de inquérito policial.

Não se olvide que os autos de processo administrativo disciplinar ou sindicâncias administrativas efetuadas por órgãos públicos, se indicarem o cometimento de crime, devem ser obrigatoriamente encaminhados ao Ministério Público, por força do que dispõe o art. 154 do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/1990), o que deixa claro se tratar de mais uma espécie de investigação criminal.

Registre-se ainda que, em caso de crimes cometidos por magistrados ou por membros do Ministério Público, não pode a autoridade policial investigá-los, competindo aos próprios órgãos fazê-lo, sendo que a investigação conduzida pelo Tribunal de Justiça, imperiosamente, deve ser encaminhada ao Ministério Público para início da ação penal, se houver indícios de autoria e prova da materialidade. E isto porque *a investigação policial é apenas uma espécie do gênero investigação criminal*.

Em se referindo ao inquérito policial, é comum que a doutrina e a jurisprudência pátrias utilizem a expressão *mera peça de informação*, o que, de certa forma, diminui a importância do procedimento na prática do processo penal, fato que é refutado pela conclusão de que a maior parte das denúncias tem como suporte o trabalho de investigação da polícia civil ou, no caso dos crimes militares, da polícia militar. Na maior parte dos casos, com efeito, o próprio processo penal se limita a reproduzir em juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, as provas que foram levantadas pelo aparelho policial, para que, ratificadas, convalidadas pelas garantias constitucionais deferidas ao réu, possam servir de base para a condenação.

A importância do inquérito policial é indiscutível, e, por isso, não pretende qualquer outro órgão assenhorear-se da função da Polícia Judiciária, mas apenas admitir que outras autoridades, e também o Promotor de Justiça, podem conduzir atos de investigação criminal.

Aqueles que aduzem que a polícia detém o monopólio da investigação criminal buscam suporte no que dispõe o art. 144, § 4º, da Constituição Federal, que se transcreve a seguir, para facilitar a sua apreciação:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

... *omissis* ...

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

A leitura que fazem os defensores da ideia do monopólio da investigação criminal por parte da polícia judiciária é que o dispositivo constitucional mencionado fez apenas duas exceções à competência da Polícia Civil para investigação criminal: os crimes em que há interesse da União, cuja competência para apuração é da Polícia Federal, e os crimes militares, cuja competência para apuração é da própria Polícia Militar.

Permissa venia à opinião de doutrinadores que a sustentam, exemplificativamente o Prof. Rogério Lauria Tucci, uma leitura inicial do *caput* do artigo deixa claro que a investigação criminal, como parte importante na política de segurança pública, é, sim, responsabilidade do Estado, mas é também um direito e uma responsabilidade de todos, razão porque o que não poderia o § 4º restringir o que o *caput* do dispositivo tratou de forma abrangente.

O dispositivo torna patente que a investigação policial é exclusiva da autoridade policial, mas não que a investigação criminal, repita-se, gênero do qual a investigação policial é espécie, seja exclusiva da polícia judiciária. Pensar-se o contrário seria impedir que outros órgãos, dentro de suas atribuições, possam conduzir investigações cujos resultados não são um fim em si mesmos, mas, assim como o inquérito policial, um instrumento de cognição para o titular da ação penal poder exercer seu *munus* funcional em respeito às garantias fundamentais. Sem retoque, neste tocante, os ensinamentos de Pedro Henrique Demercian⁵:

A Constituição de 1988 não alterou esse quadro institucional: dentre os diversos órgãos que o Estado mantém para propiciar a segurança pública, limitou-se a indicar qual deles tem a incumbência específica de investigar as infrações penais e de exercer a polícia judiciária (CF, art. 144, § 4º). Daí não se pode extrair a exclusividade para o seu exercício. É que a norma não pode ser interpretada fora do contexto em que foi concebida, em dissonância com os demais princípios da Constituição Federal.

Assim não o fosse, estar-se-ia submetendo o exercício da ação penal a uma condição de procedibilidade que jamais o ordenamento jurídico pátrio

⁵ DEMERCIAN, Pedro Henrique. Regime jurídico do Ministério Público no processo penal. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 129-130.

pretendeu criar, qual seja, a conclusão do inquérito policial, e nem o poderia, porque o próprio exercício da ação penal é um instrumento de garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO CONTEXTO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DEFESA E CRÍTICA

Partindo-se dessas premissas, vejamos se é possível ao Ministério Público conduzir, por iniciativa própria, atos de investigação criminal.

A Constituição Federal de 1988 tratou do Ministério Público dentro do Título IV, destinado à organização dos poderes, na Seção I do Capítulo IV, reservada às funções essenciais à Justiça. Pela própria localização do tratamento constitucional dada à instituição, depreende-se que o Ministério Público, como pretendem alguns – até de maneira sarcástica –, não é um quarto poder, nem tampouco está inserido na estrutura organizacional de qualquer dos três poderes do Estado. Garante-se à instituição autonomia funcional, administrativa e financeira e aos membros, como instrumento para o exercício imparcial e impoluto de suas atribuições, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Tais garantias estão tratadas e delimitadas nos arts. 127 e 128 da Carta Magna de 1988. O texto constitucional, então, no artigo subsequente, trata das funções institucionais do Ministério Público.

Para o estudo em referência, cabe dar destaque aos incisos I, II, VI, VII, VIII e IX, que devem ser analisados sistematicamente. Com efeito, no inciso I, funda-se a titularidade privativa da ação penal pública. Desse dispositivo decorre a obrigatoriedade da ação penal, aqui como instrumento de garantias da sociedade, uma vez que o direito penal, visto como instrumento geral de repressão ao crime, vê na ação penal a sua individualização, por não ser possível a aplicação da pena sem o processo penal. Enfatize-se aqui a utilização do vernáculo privativo, querendo-se com isso dizer que a ação compete, inicialmente, ao Ministério Público; e, como determina a legislação, se esta não for exercida pelo órgão ministerial no prazo legal, pode ser intentada, substitutivamente, pelo interessado.

Nesse talante, é conveniente salientar que o particular somente pode substituir o Ministério Público em casos de *inação*, *omissão* do *parquet*, e não quando discorde de suas manifestações. Assim, não lhe é permitido, caso pugne o membro do Ministério Público pelo arquivamento das peças de

informação por falta de justa causa para início da ação penal, oferecer queixa-crime, porque estaria se sobrepondo ao entendimento do titular da ação penal. Pode, isso sim, o particular, caso determinado o arquivamento das peças de informação, pugnar pelo desarquivamento do feito, subsidiando o órgão ministerial com maiores elementos que permitam o oferecimento da denúncia.

No inciso II, atribui o poder constituinte originário ao Ministério Público o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Um desses direitos, não se perca de vista, é justamente aquele referente à segurança pública, que, como visto no art. 144 da Carta Constitucional, é dever do Estado, mas direito e responsabilidade de todos. O dispositivo constitucional em análise não menciona quais são as medidas necessárias à sua garantia, e nem o poderia, posto que para tanto pode se valer o Ministério Público de instrumentos judiciais e extrajudiciais, cíveis e criminais. Não há previsão constitucional, por exemplo, acerca da possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, sendo certo que este é um valioso instrumento de garantia dos direitos previstos na Constituição.

No inciso VI, confere-se aos membros do Ministério Público a possibilidade de expedir notificações e requisitar informações e documentos diretamente, para fim de instruir procedimentos administrativos de sua competência. Alguns doutrinadores, quicá ciosos da amplidão dos poderes conferidos ao Ministério Público, veem no dispositivo em análise o poder de instruir os inquéritos civis mencionados também como função institucional do Ministério Público no inciso III do art. 129 da CF-88; mas tal entendimento restritivo não pode ser adotado como correto. Ora, quisesse o poder constituinte originário limitar os poderes de notificação e requisição do *parquet* aos inquéritos civis, teria feito menção a esses poderes no próprio inciso III ou a eles teria feito expressa remissão. Mas não, e assim agiu porque o Ministério Público, por escolha do poder constituinte originário de 1988, passou a jungir atribuições cíveis e criminais e deixou para trás o seu passado de advogado do Estado para ser advogado da sociedade. Também não quis se referir à possibilidade de requerer diligências no âmbito do inquérito policial, posto que a ela se referiu em outro inciso, o VIII.

No que diz respeito ao controle externo da atividade policial, é imperioso enfatizar que a função não pode ser entendida como atividade correcional da polícia judiciária exercida pelo Ministério Público. Não, pois para isso as polícias são dotadas, em suas estruturas, de corregedorias, de órgãos internos

de apuração de responsabilidades funcionais. A função de controle externo da atividade policial incumbida ao Ministério Público guarda relação com a sua própria função de titular da ação penal pública, estando, pois, relacionada à possibilidade de requisitar a instauração de investigações policiais, de determinar a produção de diligências complementares à investigação e, ainda, de determinar a apuração da conduta funcional aos órgãos competentes, promovendo, inclusive, ação penal por abuso de poder, e, diante da omissão da autoridade policial em investigar fatos criminosos, de adotar por si próprio tal providência. A essa conclusão se chega como corolário da adesão do Estado brasileiro ao regime democrático, a um regime garantista de direitos. A apuração direta de infrações penais decorre da legal destinação institucional do *parquet*, mormente de sua privatividade na promoção da ação penal pública.

Dessa conclusão não pode se afastar o intérprete da lei, quando se lê o disposto no art. 129, IX, da CF-88:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Não há palavras vãs na lei: o Ministério Público, para cumprimento de sua missão institucional, pode exercer outras funções. Aqui a constatação inequívoca de que o rol de funções colacionado no art. 129 da Carta Magna não é taxativo, mas exemplificativo. Assim assevera Pedro Lenza⁶:

Conforme anotou o Min. Celso de Mello, em interessante julgado, a teoria dos poderes implícitos decorre de doutrina que, tendo como precedente o célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelece: “...a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.2007, DJ 29.05.2007). Podemos acrescentar que os meios implicitamente decorrentes das atribuições explicitamente estabelecidas devem passar por uma análise de razoabilidade e proporcionalidade.

A teoria dos poderes implícitos, reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal, como acima consignado, implica o reconhecimento da tese – dita simplista – de que quem pode o mais, pode o menos.

⁶ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 98.

Se incumbe ao Ministério Público a garantia da ordem jurídica, com a função de ter a iniciativa privativa da ação penal, na forma da lei, também a ele incumbe, como meio para cumprimento de sua atividade-fim, sua missão institucional, a investigação criminal.

Não se diga aqui que compete ao Promotor de Justiça a presidência de inquérito policial, pois tal atribuição é exclusiva do delegado de polícia de carreira, mas sim que a ele compete colher, por meio da instauração de procedimentos próprios, os elementos necessários ao oferecimento da ação penal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de sua 2ª Turma, manifestou-se em dois momentos recentes. Com efeito, em março de 2009, a Ministra Ellen Grace assim emitiu seu voto nos autos do HC 91661/PE, que pedia o trancamento da ação penal instaurada com base em elementos de prova colhidos diretamente pelo Ministério Público:

A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal.

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.

E, após citar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, também reconhecadora da legitimidade do Ministério Público, assim continua:

O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizam justa causa para a denúncia. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como

não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia.

Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão, também por meio de sua 2ª Turma, desta feita nos autos de nº 89.837-8. No caso em comento, foi requerida, em sede de Habeas Corpus, medida cautelar para suspender os efeitos de decisão condenatória mantida pelo Superior Tribunal de Justiça em autos de ação penal movida contra um delegado de Polícia, com fundamento na ilegalidade da coleta de provas diretas pelo Ministério Público. A liminar vindicada foi negada, tendo sido interposto agravo regimental, que não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Embora neste caso a decisão tenha sido de caráter eminentemente processual, ao ler-se o voto do Ministro Celso de Melo, este cita sua decisão monocrática que indeferiu a liminar, esta, sim, reconhecendo a possibilidade de o Ministério Público investigar. Vejamos:

O exame dos fundamentos em que se apóia o julgamento ora impugnado parece descaracterizar, ao menos em sede de estrita delibação, a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pelos ilustres impetrantes. A decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça – que reconhece ao Ministério Público a prerrogativa de promover, por direito próprio, sob sua autoridade e direção, investigações penais – parece legitimar-se em face da Constituição da República promulgada em 1988.

É certo que o ordenamento positivo outorga, à autoridade policial, a atribuição para presidir o inquérito policial consoante assinala JULIO FABBRINI MIRABETE (Código de processo penal interpretado, p. 86, item n. 4.3, 7ª edição, 2000, Atlas).

Essa especial regra de competência, contudo, não impede que o Ministério Público, que é o *‘dominus litis’* — e desde que indique os fundamentos jurídicos legitimadores de suas manifestações (CF, art. 129, VIII) —, determine a abertura de inquéritos policiais, ou, então, requisite diligências investigatórias, em ordem a prover a investigação penal, quando conduzida pela Polícia Judiciária, com todos os elementos necessários ao esclarecimento da verdade real e essenciais à formação, por parte do representante do *‘Parquet’*, de sua *‘opinio delicti’*.

Como se depreende, o reconhecimento da teoria dos poderes implícitos é determinante para o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para investigar diretamente fato criminoso que tenha conhecimento,

assim como o reconhecimento de que o inquérito tem como destinatário o Ministério Público e como finalidade precípua a formação da *opinio delicti* pela instituição.

A clareza do argumento é singular, mas, ainda assim, inúmeras são as vozes dissonantes. Os opositores da possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Pública apontam como principal óbice a que seja reconhecida a legitimidade para tanto o argumento do monopólio da investigação criminal por parte da polícia judiciária. O argumento farsesco assenta-se em premissas errôneas, como já mencionado no corpo deste trabalho, já que o art. 144 da Carta Magna se propõe a distribuir atribuições entre os diversos órgãos de segurança pública, e não atribuir a nenhum deles o monopólio da investigação criminal.

Outro argumento sempre citado como impeditivo à atuação investigativa ministerial é a ausência de poderes expressos deferidos pela Carta Magna para tanto. Tampouco merece guarida o argumento, uma vez que o rol de funções constante do art. 129 da Carta Magna tem caráter exemplificativo, o que decorre da expressa determinação constitucional constante do inciso IX do citado dispositivo, que atribui ao *parquet* outras funções correlatas e necessárias à sua missão institucional, admitindo-se aqui a teoria dos poderes implícitos como regra de interpretação do texto constitucional. Não se pode exigir do poder constituinte originário, sob pena, inclusive, de se comprometer a efetividade do texto constitucional, que seja casuístico.

Também comum é o argumento de que o Ministério Público, assumindo funções investigativas, teria caráter seletivo, isto é, escolheria investigar apenas aqueles casos mais ruidosos, que envolvam autoridades públicas ou pessoas detentoras de grande poder econômico. Este argumento, ao contrário, serve para reforçar a possibilidade de adoção de medidas investigativas pelo *Parquet*.

Com efeito, ao contrário dos delegados de carreira, os membros do Ministério Público são protegidos de influências políticas em razão de suas garantias de vitaliciedade, independência funcional e inamovibilidade, e não são vinculados a qualquer dos três Poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), não sendo pouco usual o afastamento ou a relotação de delegados de polícia que adotam linhas investigativas que incomodam ou ferem suscetibilidades dos detentores de poder político e econômico, competindo, então, ao Ministério Público, desencadear tais investigações que, de outra forma, poderiam deixar impunes grandes organizações criminosas, compostas

por *vampiros* e *sanguessugas* do dinheiro público, por exemplo.

Aí, exatamente, a grande oposição: foi somente quando o Ministério Público se tornou figura central em grande parte das investigações contra deputados federais, senadores, ministros de estado, vereadores, banqueiros, megaempresários que começaram os questionamentos a respeito do poder investigatório do Ministério Público, sem que haja, até o momento, uma manifestação do pleno do Supremo Tribunal Federal, decisão essa que se aproximava na análise do Inquérito nº 1968 – no qual figurava como um dos indiciados o então deputado Remy Trinta –, cujos autos, por ter o referido parlamentar perdido o foro privilegiado, foi baixado à Justiça Federal do Estado do Maranhão. Naqueles autos, preponderava a opinião favorável ao poder investigatório do Ministério Público, após os votos de cinco dos seus membros. Foram favoráveis os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Carlos Britto; contrários os Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim.

Não se pode ainda deixar de ponderar que as críticas também se fundam numa suposta violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, esquecendo-se os argumentos de que em sede de investigação criminal não há a necessidade de observância do contraditório, uma vez que os procedimentos investigatórios são de caráter substancialmente inquisitivo. Por irretocáveis, as considerações de Emerson Garcia⁷:

Aqueles que combatem a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público ainda acenam com a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa e, pior, com o próprio desequilíbrio das partes no processo. Ora, como se falar em contraditório e ampla defesa em um procedimento inquisitório que não é um fim em si mesmo, mas, tão-somente, instrumento necessário à utilização de outro instrumento: a ação penal? Somente com a formulação de uma pretensão em juízo e com a produção de provas que serão valoradas pelo órgão jurisdicional é que será possível falar em contraditório. Ainda que a prova técnica seja colhida em sede inquisitorial, não poderá ela embasar uma condenação penal sem ser previamente submetida ao crivo do contraditório, sendo esta a verdadeira *ratio* da garantia, não os arremedos que são jogados ao vento com o fim único de inviabilizar a própria repressão à criminalidade. Como sustentar o desequilíbrio entre as partes se o Ministério Público está comprometido com a busca de uma decisão justa, não com a condenação do réu, e se a qualquer um que se dirija ao Judiciário é lícito produzir as provas que entenda relevantes ao caso? Como produzir provas sem realizar, ainda que de forma perfunctória,

⁷ GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens juris, 2008. p. 374-375.

uma investigação sobre os fatos? Também o réu não precisa realizar uma atividade prévia, denominada ou não de investigação, com o fim de verificar as provas que pode produzir em seu favor? Concluir que ao réu tudo é lícito e ao Estado tudo é proibido é levar longe demais as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Somente aos investigados interessa calar o Ministério Público, daí também decorrendo as frequentes ameaças às suas prerrogativas, como a famigerada “lei da mordaca”⁸, que pretende impedir, de uma só vez, a liberdade de imprensa e de expressão e o cumprimento das funções institucionais do Ministério Público, inclusive incriminando a conduta de prestar informações públicas acerca das investigações iniciadas pelos membros da instituição.

É certo que, como toda instituição composta por homens, também é o Ministério Público falível, passível de erros, mas os exageros de uns poucos não podem impedir os acertos de outros tantos membros que com galhardia, e até com comprometimento de sua segurança pessoal, investigam os poderosos e também os policiais corruptos.

Admitida a possibilidade de investigação criminal por parte do Ministério Público, cumpre analisar a quem incumbe a propositura da ação penal. Finda a investigação criminal, e havendo justa causa para oferecimento de denúncia, pode o mesmo órgão que investigou propor a ação, ou incidirá sobre este suspeição ou impedimento? A resposta há de ser no sentido de não haver qualquer objeção a que o próprio membro do Ministério Público que conduziu as investigações possa formular a denúncia, instaurando a ação penal, e isto porque, se pode o membro do Ministério Público oferecer denúncia prescindindo inclusive de inquérito policial, pode oferecê-la com base nos elementos que colher pessoalmente.

A participação do Ministério Público na colheita da prova na fase pré-processual não viola a triangulação que deve existir no processo penal porque, durante a fase inquisitorial, é remansoso afirmar que o investigado não é parte, mas objeto de investigação: torna-se parte somente após a instauração da relação processual, com o oferecimento da denúncia. Tampouco o coloca em uma posição de proeminência em relação ao réu, uma vez que os elementos que se mostraram suficientes para a formulação da imputação inicial podem não se demonstrar da mesma forma suficientes para a condenação no mérito.

⁸ Projeto de Lei n. 265, de 01.03.2007, que objetiva alterar as Leis n.ºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 7.347, de 24 de julho de 1985 e 8.429, de 2 junho de 1992, de modo a deixar expressa a responsabilidade de quem ajuíza ação civil pública, popular e de improbidade temerárias, com má-fé, manifesta intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política. Autor: Paulo Maluf.

O Ministério Público, no processo penal, é parte, incumbindo-lhe o ônus da prova da acusação ofertada no bojo da instrução criminal, pelo que não lhe pode ser exigida a imparcialidade que o sistema acusatório de cunho garantista exige do magistrado, porque ao Ministério Público não é dado julgar, mas apenas provocar a jurisdição — por natureza, inerte — e provar a imputação formulada *ab initio* no curso do processo, para que o Judiciário, apreciando as provas produzidas pelas partes, em situação de igualdade, possa livremente convencer-se da existência ou não da infração penal, da autoria que é atribuída ao réu, da sua culpabilidade e demais circunstâncias atinentes ao fato, prolatando a sentença, quer de natureza condenatória, quer absolutória.

Aqui uma observação pertinente: no processo penal, por certo, o Ministério Público é parte, mas nem por ser parte pode abandonar a sua missão institucional, como perfilada no art. 127 da Constituição Federal.

Assim é que o Ministério Público é também, e sobretudo, o fiscal da correta aplicação da lei, exigindo a sua aplicação àqueles que a agrediram, se provada a imputação, e, com a mesma veemência, a absolvição daqueles cujo estado inicial de inocência não for afastado pelas provas carreadas aos autos.

Por certo que ser fiscal da lei e parte, órgão de acusação, é um equilíbrio fino, cujo alcance deve ser perseguido por todo membro do Ministério Público, a fim de que possa exercer suas funções constitucionais, em especial na área criminal, tendo por escopo a defesa precípua dos interesses da sociedade, sem perder de vista a defesa, da mesma forma intransigente, das garantias individuais elevadas a preceitos fundamentais da Carta Federativa de 1988, de modo a também resguardar os interesses coletivos, que são da mesma forma feridos a cada vez que ao indivíduo se negam os fundamentos do estado constitucional democrático de direito.

Ao pugnar pela condenação, e em sendo sua pretensão atendida pelo juízo, não pode afirmar o membro do Ministério Público, como assaz corriqueiro, que *ganhou* ou, a contrário senso, que perdeu, se foi reputado infundado o seu pedido de condenação, posto que o interesse do Promotor de Justiça não é ganhar ou perder, mas, efetivamente, que a Justiça seja atribuída ao caso concreto, não se tratando, pois, de um ganho pessoal, mas, sobretudo, um ganho social, posto que é o interesse da sociedade que é representado na ação penal.

Por fim, se assente que o Superior Tribunal de Justiça, que já há algum tempo vem admitindo os poderes investigatórios do Ministério Público, sobre o assunto já firmou inclusive posicionamento sumulado, conforme o enunciado

nº 234, daquele Colegiado⁹, admitindo que não há causa de suspeição ou impedimento legal para o Promotor que atuou na investigação criminal dar início ao processo penal, com o oferecimento da denúncia.

Àqueles que defendem a impossibilidade de o Ministério Público investigar diretamente fatos delituosos, surge a preocupação acerca da observância do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a ação fundada na investigação direta do *parquet* será baseada em provas pré-constituídas.

A aflição não guarda razão de ser. Assim como os elementos de prova do inquérito policial, os elementos de prova colhidos durante a investigação criminal direta pelo Ministério Público, por mais sólidos que sejam, não podem ser os únicos lastros para uma sentença condenatória. Com efeito, o Código de Processo Penal é categórico a respeito em seu art. 155.

Assim é que os elementos colhidos diretamente no curso da investigação feita pelo Ministério Público devem ser, durante o curso da instrução processual, confirmados, desta feita com a participação do réu e de sua defesa técnica.

Enfatizar é necessário: não se trata aqui de exigir que as provas sejam *repetidas*, mas sim confirmadas, ratificadas, sob o pano do contraditório, e isto porque existem provas que, pela sua própria natureza, são impossíveis de serem repetidas, como as cautelares, especialmente aquela que diz respeito à quebra de sigilo telefônico.

Mas aqui, saliente-se, apenas as provas pré-produzidas de forma lícita, isto é, com autorização judicial, podem ser aproveitadas, não havendo guarida, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, a abusos na produção de elementos de prova.

Dentro deste contexto, não raro ações propostas com cautela e lastreadas em indícios suficientes de autoria e prova de materialidade redundam, ao final, em sentenças absolutórias, e isto porque, durante o curso da instrução processual, o que bastava para a propositura da ação penal – indícios – não se transforma em dados concretos – provas – indenes de dúvida que tenham o condão de afastar o princípio constitucional da presunção de inocência.

No processo penal, para que seja condenado o denunciado, é preciso que haja nos autos elementos suficientes para formar a convicção do Juízo no sentido de ter ocorrido o fato delituoso, e ainda que indiquem ser o denunciado o seu autor, ou participado na conduta de forma voluntária.

⁹ Súmula nº 234/STJ: A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

A dúvida deve ser resolvida em favor do réu, como corolário do princípio da presunção de inocência, de sede constitucional, razão pela qual a dúvida se resolve em favor do réu com base no enunciado latino *in dubio pro reo*. No processo criminal não há incertezas; ou demonstra-se cabalmente a autoria e a materialidade do delito ou absolve-se, pois a dúvida é sinônimo de ausência de provas. No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. Não pode ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio, mas a certeza objetiva, decorrente do conjunto probatório formado por ambas as partes do processo, autor e réu.

5 CONCLUSÃO

A investigação criminal direta feita pelo órgão do Ministério Público é plenamente válida, vez que em nada agride as garantias do investigado no contexto do sistema acusatório.

Com efeito, no sistema acusatório, adotado pelo Brasil, ao contrário do sistema inquisitório, há uma nítida distinção entre o órgão de acusação e aquele que irá julgar a causa, de modo a preservar a imparcialidade deste último, no caso, do Estado-Juiz. Uma das bases desse sistema repousa, portanto, no princípio da inércia, pelo que o Estado-Juiz deve ser provocado a analisar o fato dito delituoso, para, ao final da ação penal, atribuir as consequências jurídicas cabíveis, por meio da entrega da prestação jurisdicional.

Assim é que o conceito de ação penal, de provocação da jurisdição, é elemento central do sistema acusatório, posto que é no curso da instrução criminal, após a provocação da parte legítima para a propositura da ação penal, que o Estado-Juiz, ao formar seu convencimento a partir das provas produzidas em observância ao princípio do contraditório, decidirá motivadamente acerca da responsabilidade penal ou não do acusado, aplicando-lhe, em caso de condenação, as sanções criminais correspondentes.

Nesse sentido, a investigação criminal tem como objetivo primordial oferecer ao titular da ação penal, quer seja ele o Ministério Público, quer seja o particular (nos casos em que a ação penal é pública de iniciativa privada ou subsidiária da pública), elementos mínimos para a propositura da ação, quanto

à autoria e à materialidade do delito, não sendo, desta forma, o Estado-Juiz o seu destinatário.

Sendo este o sentido da investigação criminal, e em sendo certo que o Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública, pode intentá-la por provocação de qualquer pessoa do povo que lhe forneça as informações acerca do fato, de sua autoria e demais elementos de convicção da ocorrência de crime, o que resulta de expressa disposição de lei, *ex vi* do art. 27 do Código de Processo Penal em vigor, pode o próprio órgão ministerial apurar as informações e os fatos que vier a tomar conhecimento, de modo a formar o seu convencimento e ter elementos mais seguros para evitar uma ação penal temerária, e isto porque os autos de investigação são, a rigor, *peças de informação, e não provas*, uma vez que estas só são produzidas pelo Estado-Juiz no curso da instrução criminal e, aqui se reitera, com observância aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Capítulo 1. Garantias Processuais e o Sistema Acusatório. In: *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. 1. p. 1-36. Material da 4ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNIDERP/REDE LFG.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009.

BICUDO, Hélio. *O Ministério Público e a investigação criminal*. Disponível em: <<http://ministeriopublicobrasil.blogspot.com/2009/04/mp-e-investigacao-criminal-por-helio.html>>. Acesso em: 10 maio 2009.

BOITEUX, Luciana. *Da inconstitucionalidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público*. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/docs/invest_direta_mp.pdf>. Acesso em: 30 out. 2009.

COELHO, Marcel Alexandre. *O processo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1493>. Acesso em: 29 out. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistemaacusatorio>>?boletim=900.135/153. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – UNIDERP/REDE LFG/IPAN.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Regime jurídico do Ministério Público no processo penal*. São Paulo: Verbatim, 2009.

DOMENICO, Carla. *Juiz inquisidor e a reforma do código de processo penal: uma questão controvertida*. In: Boletim IBCCRIM, ano 16. Nº 192. Novembro/2008. P. 11.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Limites do “ius puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal*. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - UNIDERP – IPAN – REDE LFG.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamento da Existência do Processo Penal: Instrumentalidade Constitucional*. Material da 2ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNIDERP/REDE LFG/IPAN.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURA, Angela Acosta Giovaninni de. *A validade da investigação criminal direta do Ministério Público no contexto do sistema acusatório*. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/a-validade-da-investigacao-criminal-direta-do-ministerio-publico-no-contexto-do-sistema-acusatorio-1369699.html>>. Acesso em: 05 nov. 2009.

PONTES, Manuel Sabino. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade*. Jus Navigandi, Teresina, v. 10, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8221>>. Acesso em: 05 nov. 2009.

PRADO, Geraldo. O Estatuto do Juiz em Movimento: Livre Convencimento e os Poderes de Investigação do Juiz - A Mutatio Libelli. In: *Sistema Acusatório*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 4. ed. 2006, p. 135/153. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – UNIDERP/REDE LFG/IPAN.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

_____. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2007.

SILVA, A.; ARAÚJO, M.; CORREA, P. *A investigação criminal direta por promotor de justiça*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/investigacao_criminal_direta_por_promotor_de_justica.pdf>. Acesso em: 30 out. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *A concepção cênica da sala de audiências e o problema dos paradoxos: a polêmica acerca da posição ocupada pelo Ministério Público* (41, XI, da Lei Federal 8.625/93). Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticias.php?idNoticia=12364>. Material da 5ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - UNIDERP - REDE LFG - IPAN.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004.

AS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E AS INELEGIBILIDADES: (DES)CONSTRUÇÕES E APROXIMAÇÕES (FISSURAS) TEÓRICAS – UM OLHAR A PARTIR DA LEI DA FICHA LIMPA E DA JURISPRUDÊNCIA

José Edvaldo P. Sales¹

RESUMO: Não se pretende neste breve escrito desenvolver uma teoria das inelegibilidades. Isso demandaria maiores indagações teóricas, além de vasta pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O texto circunscreve-se a apresentar o tema da natureza jurídica das inelegibilidades a partir de três perspectivas: uma doutrina tida aqui como majoritária, uma doutrina dita como minoritária e uma visão, a partir da legislação e da jurisprudência (STF e TSE), que toma dois referenciais – o conceito de quitação eleitoral engendrado pelo TSE e a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/10). Ao final, são feitas algumas considerações críticas quanto à (in)coerência teórica do que tem sido dito por aquelas duas vias (legislação e jurisprudência) quanto às condições de elegibilidade e às inelegibilidades.

PALAVRAS-CHAVE: Condições de elegibilidade. Inelegibilidades. Legislação. Jurisprudências. (In)coerências.

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2 A DOUTRINA PRIMEVA. 3 A DOUTRINA CONTESTADORA. 4 A JURISPRUDÊNCIA (STF e TSE). 4.1 Antes da Lei da Ficha Limpa: espécies de inelegibilidades como sanção/pena. 4.2 Depois da Lei da Ficha Limpa: as inelegibilidades apenas como critérios (uma aproximação conceitual das inelegibilidades às condições de elegibilidade). 4.3 A quitação eleitoral: quando uma condição de elegibilidades faz as vezes de inelegibilidade (uma aproximação conceitual das condições de elegibilidade às inelegibilidades). 5 O LEGISLADOR: A Lei da Ficha Limpa – breves referências para (im)possibilidades de formulações teóricas. 6 O MOMENTO DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E DAS INELEGIBILIDADES – O REGISTRO DE CANDIDATURA. 7 APORTES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduado em Direito (UFPA). Especialista em Direito Eleitoral (UNISUL/SC). Mestrando em Direito (UFPA). Professor de Direito Eleitoral (UNAMA). Promotor de Justiça/Estado do Pará.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As inelegibilidades no direito brasileiro, atualmente, decorrem da Constituição (1988) e da Lei Complementar n. 64, de 18.05.1990, em vigor. Daí a classificação que sempre é feita – as inelegibilidades constitucionais e as inelegibilidades infraconstitucionais. Não é tema dos mais fáceis. Na verdade, há poucos (para não dizer raros) trabalhos que, cientificamente, abordam o assunto. E, embora tenha havido contribuições, como as que serão indicadas ao longo deste texto, ainda há muita margem de controvérsias.

Verdade é que não se conseguiu ainda estabelecer um sólido fundamento científico para o direito eleitoral brasileiro. Diversos fatores têm contribuído para esse quadro que vão desde a inconstância da jurisprudência, numa verdadeira *contraditio in terminis*, até mesmo à ausência da cadeira de Direito Eleitoral em muitas faculdades de Direito no país. E em muitas daquelas onde existe, a disciplina é facultativa. O legislador também tem dado sua parcela de contribuição para esse quadro. Por outro lado, muita produção doutrinária tem sido feita no intuito de adaptar conceitos ao momento da jurisprudência, o que é extremamente complicado para uma proposição de natureza acadêmica.

Sempre foi assim. E, além disso, em virtude de alguns entendimentos do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), como é o caso da quitação eleitoral e também com o advento da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/10, 04.06.2010) e os julgamentos realizados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito dessa nova lei, surge a necessidade de avaliação teórica de alguns conceitos que estão sendo (des)construídos.

Não se pretende aqui apresentar um plano teórico sobre a natureza das condições de elegibilidades e das inelegibilidades. Isso, certamente, demandaria uma pesquisa aprofundada no âmbito doutrinário, jurisprudencial e também na legislação. Se essa fosse a pretensão, aspectos históricos do direito brasileiro e do direito comparado deveriam ser considerados. Todavia, o objetivo é muito mais modesto. Procurar-se-á estabelecer algumas considerações (e provocações) a respeito de tão controvertidos temas – condições de elegibilidades e inelegibilidades, tomando-se como referência dois pontos principais: o conceito de quitação eleitoral e a Lei da Ficha Limpa (os olhares do legislador e do julgador). A breve introdução à doutrina é apenas para situar a questão.

2 A DOUTRINA PRIMEVA

Durante algum tempo doutrina e jurisprudência andavam no mesmo passo quanto ao entendimento sobre os conceitos de condições de elegibilidade e inelegibilidade. Pinto Ferreira, em 1959, já entendia a inelegibilidade como “um impedimento ao direito do cidadão de ser eleito para um cargo público”. Esse impedimento estaria fundado em razões de ordem pública e de interesse social. Valendo-se de Duverger, Pinto Ferreira esclarece que a inelegibilidade é distinta da inalistabilidade e da incompatibilidade. A primeira impede que alguém seja eleito validamente. A segunda é um impedimento à capacidade eleitoral ativa. E a terceira é impedimento ao exercício do mandato. Quanto à incompatibilidade, citando trecho de Hauriou, diz que é uma teoria muito difícil de ser construída, pois “constitui um impedimento jurídico à eleição, ou antes, à conservação do mandato após a eleição”².

Não muito diferente disso, o Min. Moreira Alves³, em 1976, dizia que não se devem confundir as condições de elegibilidade com as inelegibilidades. A confusão pode-se dar porque, segundo ele, a ausência de qualquer das condições ou pressupostos de elegibilidade impede que alguém concorra a um pleito eleitoral. Logo, os pressupostos (ou condições) de elegibilidade são verdadeiros requisitos que devem ser preenchidos por quem pretenda disputar uma eleição. Por outro lado, as inelegibilidades são impedimentos e, por isso mesmo, devem ser afastados para que a disputa eleitoral seja possível. A duas coisas são necessárias, isto é, o preenchimento dos pressupostos de elegibilidade e o afastamento de impedimento decorrente de inelegibilidade.

Esse mesmo enfoque, mais recentemente, é dado por José Afonso da Silva^{4,5} segundo o qual para que alguém “possa concorrer a uma função eletiva, é necessário que preencha certos requisitos gerais, denominados *condições de elegibilidade*, e não incida em nenhuma das *inelegibilidades*”.

² FERREIRA, Pinto. O problema da inelegibilidade. In: *Revista forense*. Rio de Janeiro, vol. 186, ano 56, nov.-dez./1959, p. 20-28.

³ ALVES, Moreira. Pressupostos de elegibilidade e inelegibilidades, In: *Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*, por Bento Bugarin e outros. Coordenação de José Francisco Rezek. Brasília: Universidade de Brasília, 1976, p. 228.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 1999, p. 367 e 389.

⁵ Mesmo entendimento é mantido por Joel Cândido para quem “Não basta para uma pessoa poder concorrer a qualquer cargo eletivo que possua ela as condições de elegibilidade que foram examinadas. É mister, ainda, que não incida ela em qualquer causa de inelegibilidade.” (CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed., rev., atual. e ampl. Bauru, SP: EDIPRO, 2010, p. 121). Segue a mesma linha teórica Pedro Henrique Távora Niess (NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos – elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. rev. e atual. Bauru, SP: EDIPRO, 2000).

Estas, por sua vez, são impedimentos ao direito de ser votado. O trabalho mais recente, denso e especificamente voltado à temática nessa perspectiva foi produzido por Antonio Carlos Mendes⁶ cujas conclusões teóricas não se distanciam daquelas até aqui vistas. Em sua obra, o conceito de elegibilidade está atrelado ao direito de ser votado, é uma aptidão jurídica; a inelegibilidade é o oposto, logo, é a inaptidão para ser eleito. Para ele a inelegibilidade é uma “proibição” que inviabiliza a candidatura.

3 A DOCTRINA CONTESTADORA

Proposição teórica bem distinta tem sido sustentada por Adriano Soares da Costa ao fazer uma releitura do texto constitucional e apresentar uma visão bastante diferenciada a respeito do que se deve entender sobre elegibilidade e inelegibilidade. O eleitoralista faz uma análise de tais conceitos focando no registro de candidatura. Se o direito de sufrágio nasce do ato jurídico de alistamento, o direito de ser votado surge apenas a partir do registro de candidatura⁷.

Para ele, a elegibilidade é um direito que decorre de um fato jurídico, que é o registro de candidatura. Logo, as chamadas condições de elegibilidade nada mais são que pressupostos para o registro de candidatura. A inelegibilidade é tomada como oposto à elegibilidade, sendo a ausência desta. Em outras palavras, “a inelegibilidade é ausência ou perda da elegibilidade”. Daí sustentar que existe inelegibilidade inata (original) – aquela que é natural aos que não providenciaram os meios para adquirir a elegibilidade; e inelegibilidade cominada (ocasional) – provocada pela ocorrência de algum fato ilícito⁸. Esta última pode ser simples (para essa eleição) ou potenciada (para a eleição que se realizar dentro de um certo período)⁹.

A virada conceitual é refletida nas conclusões do autor para quem a inelegibilidade é comum a todos os cidadãos; e, sendo assim, “a inelegibilidade é a regra; a elegibilidade, a exceção”¹⁰. As condições de elegibilidade são,

⁶ MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 102, 108.

⁷ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 24 e 26.

⁸ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

⁹ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 29.

¹⁰ COSTA, Adriano Soares da. *Inelegibilidade cominada por rejeição das contas: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE*. In *Direito eleitoral contemporâneo*. Guilherme de Salles

de fato, verdadeiras “condições de registrabilidade” na medida em que são pressupostos ou exigências para o registro de candidatura. O eleitoralista alagoano apresenta as condições de elegibilidade em duas perspectivas: as próprias (nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição, filiação partidária e idade mínima exigível) e as impróprias (alfabetização, especiais para militares, indicação em convenção partidária e desincompatibilização)¹¹.

4 JURISPRUDÊNCIA (STF e TSE)

4.1 Antes da Lei da Ficha Limpa: espécies de inelegibilidades como sanção/pena

A jurisprudência do TSE até o advento das discussões em torno da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/10) compreendia as condições de elegibilidade e as inelegibilidades a partir daquela perspectiva sustentada pela doutrina majoritária, não vislumbrando a inversão de que a elegibilidade seria uma exceção decorrente do pedido de registro de candidatura.

Além disso, em se tratando das hipóteses previstas na LC n. 64, de 18.05.1990 (arts. 19 e 22) – abuso do poder político, poder de autoridade, poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social – haveria, para a jurisprudência, verdadeira “pena” ou “sanção” de inelegibilidade. Isso pode ser percebido em diversos julgados:

(a) **pena**: Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 3306¹², Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 10/11/2009, página 52; Recurso Ordinário nº 2098, Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 147/2009, Data 04/08/2009, página 103-104; Recurso Ordinário nº 1514¹³, Relator Min.

Gonçalves, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Carlos Luiz Strapazzon (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 61-82.

¹¹ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63.

¹² Em trecho da ementa consta: “Ainda que em relação à pena de inelegibilidade - em face do reconhecimento do abuso do poder econômico - incida o disposto no art. 15 da LC nº 64/90, é certo que quanto à parte da condenação por arrecadação e gastos ilícitos de recursos de campanha - a que se refere o art. 30-A da Lei das Eleições - o Tribunal já assentou a possibilidade de execução imediata da decisão”.

¹³ Na ementa está dito: “O v. decisum combatido enfrentou questão que, em tese, poderia conduzir a condenação do recorrido à pena de inelegibilidade, ex vi do art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/90. Presente, *in casu*, a hipótese do art. 121, § 4º, III, da Constituição da República. Precedentes: AgRg no Ag nº 8.668/DF, de relatoria do e. Min. Ari Pargendler, publicado no DJ de 11.3.2008; AgRg

Felix Fischer, RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 3, página 21;

(b) sanção: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 12239¹⁴, Relator Min. Nelson Azevedo Jobim, DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 29/09/00, página 168; Recurso Ordinário nº 11925¹⁵, Relator Min. Torquato Lorena Jardim, RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 8, Tomo 1, página 156.

4.2 Depois da Lei da Ficha Limpa: as inelegibilidades apenas como critérios (uma aproximação conceitual das inelegibilidades às condições de elegibilidade)

Todavia, houve uma drástica mudança dessa compreensão por parte da jurisprudência a partir das discussões em torno da Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/10). Depois da publicação da Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/10), tanto o TSE quanto o STF, tiveram a oportunidade de externar o seu entendimento a respeito da matéria.

No caso do TSE, isso pode ser percebido com maior nitidez com as respostas dadas às Consultas ns. 1120-26 e 1147-09¹⁶/TSE, em 10 e 17 de

no Ag nº 8.574, julgado em 20.5.2008 e Edcl no RO nº 1.517, ambos de minha relatoria, julgados em 3.6.2008”.

¹⁴ A ementa é a seguinte: “Investigação judicial para apurar abuso de autoridade (art. 22 da LC nº 64/90). 1. O termo inicial da sanção de inelegibilidade é a data de realização das eleições nas quais ocorreram os fatos supostamente abusivos. 2. Transcorridos mais de três anos, a investigação judicial perde o objeto. 3. Recurso prejudicado”.

¹⁵ Em determinado trecho, a ementa diz: “Representação do art. 22, LC 64/90: não está sujeita a prazo decadencial ou prescricional dada sua natureza diversa da ação penal comum ou eleitoral. A sanção de inelegibilidade decorre de comprometimento da lisura do pleito eleitoral, não se confundindo com a pena por crime eleitoral. A pena por crime pode ser aplicada sem prejuízo da sanção de inelegibilidade (Ac. 12.526, Pertence, DJU 14.04.92; Ac. 13.221, DJU 15.04.93 e REC. 11.766, DJU 07.10.94, Andrada; REC. 11.915, Acartezini, DJU 09.12.94; Pertence; “in” Ac. 12.030, DJU 16.09.91; Brossard “in” Ac. 11.951, DJU 07.06.91).”

¹⁶ Esta Consulta decorreu da outra (112.026) para esclarecer alguns aspectos. Na ementa da Consulta consta: “Consulta. Inelegibilidades. Lei Complementar nº 13512010. 1. No julgamento da Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, o Tribunal assentou que a LC no 13512010 tem aplicação às eleições gerais de 2010. 2. A LC nº 13512010, que alterou as causas de inelegibilidade, se aplica aos processos em tramitação iniciados, ou mesmo já encerrados, antes de sua entrada em vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação a que se refere a nova lei. 3. A incidência da nova lei a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas, sim, à sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores à entrada em vigor, não havendo que se perquirir de nenhum agravamento, pois a causa de inelegibilidade incide sobre a situação do candidato no momento de registro da candidatura. 4. Exsurge da nova lei que a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida pregressa compatível para o exercício de mandato. Consulta respondida afirmativamente e, em parte, prejudicada.” Decisão por maioria, vencido, integralmente, o Ministro Marco Aurélio, e o Ministro Marcelo Ribeiro, parcialmente.

junho de 2010, respectivamente. A resposta à primeira Consulta foi positiva¹⁷ à pergunta: “Uma lei eleitoral que disponha sobre inelegibilidades e que tenha a sua entrada em vigor antes do prazo de 5 de julho, poderá ser efetivamente aplicada para as eleições gerais de 2010?” A tese central foi de que a Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/10) não alterou o processo eleitoral e, por isso, poderia ser aplicada às eleições de 2010¹⁸.

Na resposta a ambas as consultas, o TSE sustentou que “inelegibilidade não constitui pena”. A Ministra Carmen Lúcia, em trecho do seu voto, quando do julgamento da Consulta n. 1120-26, disse não ser possível fazer qualquer tipo de imbricação entre o direito penal e o processo penal com o direito eleitoral, pois, no caso do direito eleitoral, quando se fala em inelegibilidade, o objetivo é tratar de condições específicas a serem deflagradas e demonstradas no momento do registro do candidato. Portanto, as inelegibilidades passam a ser vistas como condições que devem ser aferidas por ocasião do registro de candidatura. Na Consulta n. 1147-09 foi utilizado como precedente o Mandado de Segurança n. 22.087, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 28.06.1996, onde é dito expressamente que “inelegibilidade não é pena”, embora a leitura do inteiro teor do acórdão demonstre que o caso tratou da incidência da hipótese prevista na alínea “g” do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90, que, evidentemente, não constitui pena¹⁹ decorrente diretamente de ilícito eleitoral. Nessa Consulta n. 1147-09, o Relator Min. Arnaldo Versiani, disse em seu voto que não há “como se imaginar a inelegibilidade como pena ou sanção em si mesma”. A Min. Carmen Lúcia, nesse julgamento, em seu voto fez constar que inelegibilidade não é pena, não é sanção.

Em outros julgamentos posteriores, esse entendimento do TSE ficou nítido²⁰. Modificou-se, então, o que se compreendia a respeito da inelegibilidade

¹⁷ Decisão por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio.

¹⁸ Essa interpretação do TSE não foi acolhida pelo STF. No RE n. 633.703 (caso Leonídio Henrique de MG), Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado pelo STF em 23.03.2011, foi decidido, com o quórum completo do STF, que a Lei da Ficha Limpa (LC n. 135, de 04.06.2010) não se aplicaria às eleições de 2010, fazendo prevalecer a regra do art. 16 da Constituição (princípio da anualidade da lei eleitoral).

¹⁹ O então prefeito de Vitória-ES teve contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sendo-lhe aplicada multa e incluído seu nome na lista para fins de inelegibilidade. Então, impetrou mandado de segurança perante o TSE contra ato do TCU alegando “bis in idem”. O TSE, no julgamento, reconheceu que, nesse caso, “inelegibilidade não é pena” e, portanto, não houve ilegalidade por parte do TCU.

²⁰ Apenas um exemplo: “(...) 2. A inelegibilidade não constitui pena, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura. Precedente. Como consequência de tal premissa, não se aplicam à inelegibilidade os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo, tampouco ocorre antecipação da sanção de suspensão dos direitos políticos, prevista para a condenação com trânsito em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa. Precedente. 3. Agravo regimental não provido”. (Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 499541, TSE/MG, Rel. Aldir Guimarães Passarinho Júnior. j. 26.10.2010, maioria).

decorrente dos ilícitos previstos nos arts. 19 e 22 da LC n. 64/90 (abuso do poder político, poder de autoridade, poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social)? Mesmo nesses casos, a inelegibilidade não teria natureza sancionatória?

A essas perguntas, parece que a resposta foi positiva naquele momento²¹, pois essa questão foi suscitada pelo Min. Marcelo Ribeiro, quando do julgamento da Consulta n. 1147-09, ao sustentar que a inelegibilidade pode ser ou não pena, mencionando como típico exemplo os casos envolvendo abuso de poder a que se refere o art. 22 da LC n. 64/90²². Apesar disso, insistiu-se que inelegibilidade é apenas um critério, logo, despida de qualquer natureza de pena/sanção.

O STF, posteriormente, no dia 16.02.2012, ao concluir o julgamento das ADC's ns. 29 e 30 e da ADI n. 4578, que trataram da LC n. 135/10, decidiu pela sua constitucionalidade e aplicabilidade às eleições deste ano (2012). A decisão foi por maioria e uma das divergências – a lei abrange diversas questões controvertidas – foi quanto à natureza das inelegibilidades: se elas deveriam ser vistas como um critério ou como uma sanção. Essa questão dizia respeito à retroatividade ou não da lei.

O argumento de que a inelegibilidade seria apenas um critério serviu para sustentar a retroatividade da Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/10), pois, sendo apenas um critério, a lei poderia retroagir, ou melhor, dar *qualificação jurídica diversa a efeitos futuros de atos passados*. O Min. Joaquim Barbosa, em seu voto, disse expressamente que não sendo as hipóteses de inelegibilidade penas, a elas não se aplica o princípio da irretroatividade da lei e, de maneira mais específica, o princípio da presunção de inocência. E, mais adiante, sob

²¹ A impressão que ficou naqueles julgamentos foi essa. Todavia, em julgados posteriores o TSE volta a afirmar que nos casos de abuso a inelegibilidade é sanção. Por exemplo, “Conforme diretriz jurisprudencial desta Corte, a decisão de procedência da AIJE enseja, além da sanção de inelegibilidade, a cassação do registro, quando proferida, em primeira instância, até a data da diplomação dos eleitos”. (REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 3968763 - Jampruca/MG. Acórdão de 29/03/2012. Relator(a) Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 94, Data 21/05/2012, página 101). E, ainda: “A inelegibilidade não é pena, não cabendo ser imposta em decisão judicial ou administrativa, salvo na hipótese do art. 22 da LC nº 64/90, conforme previsão expressa do seu inciso XIV, o que não prejudica a respectiva arguição por ocasião de pedido de registro de candidatura, se configurados os seus pressupostos”. (REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 557 - Camamu/BA. Acórdão de 16/08/2011. Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 09/09/2011, página 30/31).

²² Em trecho de seu voto consta: “Então, Senhor Presidente, eu faria uma divisão inicial. Quando a inelegibilidade for pena – e aí, a meu ver, será pena toda vez que for apurada essa inelegibilidade num processo que visa a verificar se houve uma infração eleitoral que resultada nessa inelegibilidade – nesse caso, nesse processo, se julgado procedente, é aplicada uma pena, que é a pena de inelegibilidade, além da pena de cassação do registro”.

outro viés, entendeu que a dita lei, de fato, não retroage, mas “apenas concede efeitos futuros a um ato ocorrido no passado”.

Na medida em que todas as inelegibilidades são consideradas apenas como critérios, afastando-se a possibilidade de que alguma espécie seja tida como sanção ou pena, há uma aproximação muito grande, conceitualmente falando, das inelegibilidades às condições de elegibilidade. As duas categorias são vistas como critérios para (in)viabilização do registro de candidatura.

4.3 A quitação eleitoral: quando uma condição de elegibilidades faz as vezes de inelegibilidades (uma aproximação conceitual das condições de elegibilidade às inelegibilidades)

As condições de elegibilidade, seguindo a doutrina majoritária, são requisitos, exigências, pressupostos que devem ser preenchidos por quem pretenda concorrer a um cargo eletivo ou, em outras palavras, obter o registro de candidatura. Estabelece a Constituição de 1988 (art. 14, § 3º) que as condições de elegibilidade são: a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima exigida conforme o cargo (35 anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; 30 anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; 21 anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; 18 anos para Vereador).

Destas, uma tem merecido atenção nos últimos anos – o pleno exercício dos direitos políticos, que tem sido traduzida, a partir da Lei n. 9.504 de 30.09.1997, art. 11, § 7º, e de regulamentações do TSE, como quitação eleitoral.

O conceito de quitação eleitoral não vinha expresso na legislação. Era um desdobramento da plenitude de gozo dos direitos políticos prevista tanto na Constituição quanto na Lei n. 9.504/97. Desde a edição dessa lei eleitoral até o ano de 2004 esse conceito abrangia o gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto e o atendimento às convocações da Justiça Eleitoral. A partir daquele ano, o TSE, por intermédio da Resolução n. 21.823, de 03.06.2004, adicionou ao conceito de quitação eleitoral a regular prestação de contas e o pagamento (ou parcelamento) das multas eleitorais. Esse entendimento

prevaleceu até o ano de 2008, quanto, a Corte Superior, por meio da Resolução n. 22.715, de 28.02.2008, acresceu também a aprovação das contas²³.

O conceito de quitação eleitoral, dessa forma, foi sendo alargado até inviabilizar a própria candidatura de alguém que não tivesse suas contas de campanha aprovadas, o que implicava, na prática, uma verdadeira sanção idêntica à de inelegibilidade, porém com conteúdo mais grave, a saber: durante todo o curso do mandato, o que gerava efeitos por seis anos em mandatos de quatro e dez anos em mandatos de oito. Esse fato esdrúxulo foi percebido²⁴.

A voracidade da jurisprudência em realizar uma abertura do conceito de quitação eleitoral contrariamente ao que o ordenamento permitia, já que não havia nem na Constituição e nem nas leis eleitorais nada a respeito, levou o legislador a definir tal conceito no próprio texto da lei. Em 2009, o legislativo introduziu modificações na Lei n. 9.504/97, art. 11, § 7º, por intermédio da Lei n. 12.034, de 29.09.2009, quanto à quitação eleitoral, ao estabelecer a necessidade apenas, quanto às contas, de sua apresentação. O legislador escolheu um meio termo, isto é, não retornou à desnecessidade de apresentação das contas para fins de quitação, mas também não encampou a interpretação do TSE de que as contas deveriam ser aprovadas para que o candidato ficasse quite com a Justiça Eleitoral²⁵.

Apesar disso, para as eleições de 2012, o TSE dispôs na Resolução n. 23.376, art. 52, § 2º, que na hipótese de o julgamento concluir pela desaprovação das contas, o candidato ficará impedido de obter a certidão de quitação eleitoral. Embora sem estabelecer prazo, deve prevalecer, por analogia, o período a que se refere o art. 53, I, primeira parte, da referida resolução, isto é, o impedimento perdurará até o final da legislatura²⁶.

Diante da flagrante disparidade entre as modificações produzidas pela Lei n. 12.034/09 e a Resolução n. 23.376/TSE, pedido de reconsideração foi proposto pelo PT, também assinado pelo PMDB, PSDB, DEM, PTB, PR, PSB,

²³ SALES, José Edvaldo Pereira. Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Eleitoral: em busca de referenciais (compromissos) hermenêuticos. In: *Revista brasileira de direito eleitoral – RBDE*. Belo Horizonte, v. 4, n. 6, jan./jun. 2012.

²⁴ Por todos: COSTA, Adriano Soares da. *Inelegibilidade cominada por rejeição das contas*: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE. In *Direito eleitoral contemporâneo*. Guilherme de Salles Gonçalves, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Carlos Luiz Strapazzon (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.61-82.

²⁵ SALES, José Edvaldo Pereira. Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Eleitoral: em busca de referenciais (compromissos) hermenêuticos. In: *Revista brasileira de direito eleitoral – RBDE*. Belo Horizonte, v. 4, n. 6, jan./jun. 2012.

²⁶ A aprovação desse trecho da Instrução foi por maioria (4x3). Votos favoráveis dos Ministros Nancy Andrichi, Carmen Lúcia, Marco Aurélio e do Presidente da Corte Ministro Ricardo Lewandowski. Vencidos os Ministros Arnaldo Versiani, Gilson Dipp e Marcelo Ribeiro.

PP, PSD, PRTB, PV, PCdoB, PRP e PPS²⁷. A questão foi apreciada pelo TSE e, por maioria, o pedido de reconsideração foi acolhido. Pela decisão, a falta de aprovação de contas de campanha não impede a obtenção, pelos candidatos, da certidão de quitação eleitoral e do registro de candidatura. Contudo, como ficou consignado pelo Min. Dias Toffoli, as contas apresentadas desacompanhadas de documentos que possibilitem a análise dos recursos arrecadados, ou seja, “aquelas que forem apresentadas de maneira fajuta”, devem ser consideradas não prestadas, originando, assim, a falta de quitação eleitoral²⁸.

A Câmara dos Deputados, no dia 22.05.2012, aprovou projeto de lei a respeito de quitação eleitoral e contas de campanha rejeitadas pela Justiça Eleitoral. O projeto segue para apreciação do Senado.²⁹ Trata-se do Projeto de Lei n. 3.839 apresentado no dia 09.05.2012, tendo como autor o Deputado Roberto Balestra – PP/GO³⁰. Segundo o projeto, quites estarão aqueles que apresentarem à Justiça Eleitoral a prestação de contas de campanha eleitoral, ainda que as contas sejam desaprovadas. Além disso, a decisão que desaprovar as contas implicará multa equivalente ao valor das irregularidades mais 10%, apenas.

Se prevalecesse o entendimento anterior do TSE de que é necessária a aprovação das contas para fins de quitação eleitoral, e que o contrário implicaria impedimento à obtenção da quitação durante o curso do mandato para o qual o candidato concorreu, essa condição de elegibilidade teria (como, aliás, já era desde 2008) feições típicas de inelegibilidade, pois, por vias transversas (resolução e não lei; condição de elegibilidade e não inelegibilidade), a candidatura estaria inviabilizada durante determinado tempo a depender do cargo para o qual o candidato concorreu.

²⁷ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/tse/noticias-tse/2012/Maio/tse-analisa-pedido-de-reconsideracao-sobre-exigencia-de-aprovacao-de-contas-de-candidatos>>. Acesso em: 23 maio.2012.

²⁸ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2012/Junho/reprovacao-de-contas-de-campanha-nao-impede-candidaturas/?searchterm=reconsidera%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 28 jun.2012.

²⁹ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-22/camara-aprova-projeto-anistia-candidatos-contas-rejeitadas>>. Acesso em: 23 maio.2012. Em outro sítio consta: “O projeto de lei nº 3839, de 2012, tem como objetivo alterar as regras de interpretação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para a emissão da certidão. De acordo com o autor da matéria, deputado Ricardo Balestra (PP-GO), o tribunal ultimamente tem entendido que a certidão não pode ser emitida para quem já teve contas rejeitadas de campanhas eleitorais anteriores. Para o parlamentar, a jurisprudência foi além do que determina a Lei Eleitoral, que exige, como um dos critérios para a emissão, apenas a apresentação das contas, sem nenhuma menção à rejeição. Segundo o texto, as certidões deverão ser entregues “ainda que as contas sejam desaprovadas”. (Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/camara-aprova-registro-de-candidatos-com-contas-rejeitadas/>>. Acesso em: 23 maio.2012.

³⁰ Projeto disponível no site da Câmara dos Deputados (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544136>>. Acesso em: 23 maio.2012). O projeto está tramitando em regime de urgência e foi aprovado por votação simbólica na Câmara no dia 22.05.2012.

5 O LEGISLADOR: A Lei da Ficha Limpa – breves referências para (im) possibilidades de formulações teóricas

A Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/10) possibilita uma discussão de ordem teórica sobre alguns aspectos quanto ao tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro às inelegibilidades. Pontos importantes foram introduzidos pela nova lei como o aumento do prazo das inelegibilidades, inclusão de algumas hipóteses caracterizadoras de inelegibilidades, entre outros. Não se pretende, todavia, abordá-los aqui. O destaque será apenas a duas alíneas para fins de reflexão sobre o tema em desenvolvimento.

A inclusão da alínea “j” ao inciso I do art. 1º da LC n. 64/90 foi uma modificação significativa no âmbito das inelegibilidades infraconstitucionais. São agora inelegíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição, os condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral/captação ilícita de sufrágio³¹, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma³².

Esses ilícitos eleitorais possuem sanções específicas como multa, cassação do registro de candidatura e cassação do diploma. Agora, além disso, podem caracterizar inelegibilidade.

Antes da Lei da Ficha Limpa tais ilícitos, caso não tivessem feição de abuso, não eram caracterizadores de inelegibilidade. Apenas se atraíssem as hipóteses previstas nos arts. 19 e 22 da LC n. 64/90 – abuso de poder político, poder de autoridade, poder econômico e uso indevido os meios de comunicação social – ensejavam inelegibilidade, que deveria ser decretada em sentença. Tais hipóteses constantes nos dois artigos eram tidas, portanto, como ilícitos eleitorais. Caso comprovados, incidia a inelegibilidade.

³¹ Embora essa alínea reporte-se a corrupção e a captação ilícita de sufrágio, as duas expressões significam a mesma hipótese legal, isto é, o art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Assim é porque na LC n. 64/90, com redação dada pela LC n. 135/10, em seu art. 1º, inciso I, alínea “e”, prescreve que são inelegíveis “os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes” (...) 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade”.

³² Essa alínea aponta hipótese de inelegibilidade para aqueles que tiveram representação eleitoral julgada procedente pela prática de ilícitos previstos nos arts. 30-A, 41-A e 73/78 da Lei n. 9.504/97, e que tenham tido na decisão cassado o registro de candidatura ou o diploma. Não parece ser acertada a interpretação de que basta a hipótese legal dessas sanções para que a inelegibilidade reste configurada. A razão é que na análise dos casos envolvendo os arts. 30-A e 73/78, a jurisprudência do TSE aplica o princípio da proporcionalidade para aplicar ou afastar a sanção (30-A) ou para aplicar alternada ou cumulativamente as sanções (73/78). Se uma conduta não é relevante o suficiente para atrair as mais graves sanções previstas nesses dispositivos, como seria para fins de inelegibilidade, a pior das consequências no âmbito do direito eleitoral?

Porém, na medida em que os ilícitos previstos no art. 30-A, 41-A e 73/78 da Lei n. 9.504/97 passaram a possibilitar a caracterização de inelegibilidades *por força de lei* (LC n. 64/90, art. 1º, I, “j”), criou-se uma incoerência teórica quanto às inelegibilidades infraconstitucionais.

É que aqueles dispositivos da lei eleitoral sempre foram vistos como caracterizadores de ilícitos eleitorais, mas como espécies aquém e sem as repercussões próprias das hipóteses de abuso de poder. Com isso, os ilícitos, que aqui podem ser chamados de “menores”, passaram a ter efeitos idênticos e até mais drásticos em alguns casos. Eles, assim como os casos de abuso, possibilitam a cassação do registro de candidatura ou do diploma. Além disso, os da lei eleitoral podem implicar multa. Os casos de abusos devem ser reconhecidos em sentença, aqueles outros não. O processo de apuração de prática abusiva é extremamente complexo e difícil de provar. Em síntese, os ilícitos previstos na alínea ‘j’ passaram a ter regramento mais gravoso com a possibilidade de maiores sanções, a depender do ilícito, com a desnecessidade de decretação da inelegibilidade na decisão e com prova mais simples que a exigida nos casos de abuso.

Os maiores e mais graves ilícitos para o direito eleitoral passaram a ter efeitos menos drásticos que os demais. Isso sem mencionar as vias procedimentais (probatórias) que, em se tratando de abuso, são muito mais complexas. Quem teria interesse hoje em perseguir uma prática abusiva caso possa caracterizá-la simplesmente como um daqueles outros ilícitos? Parece que as únicas hipóteses viáveis para o manejo da investigação judicial, nessa linha de argumentação, são os casos estritos de abuso, isto é, sem a incidência de ilícitos de outra natureza, assim como os casos que envolvam práticas ilícitas anteriores ao pedido de registro de candidatura³³.

Embora antes mesmo da Lei da Ficha Limpa já houvesse a alínea “d” (art. 1º, inciso I) dispondo que seriam inelegíveis os que tivessem representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, a doutrina³⁴ sempre entendeu que os arts.

³³ “(...) II. Para a configuração do ilícito previsto no art. 22 da LC n.º 64/90, as condutas vedadas podem ter sido praticadas antes ou após o registro da candidatura. (...)” (Recurso Especial Eleitoral nº 19566, TSE/MG, Matosinhos, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 18.12.2001, DJ 26.04.2002, Volume 1, p. 185).

³⁴ Decomain sustenta que os arts. 19, 20 e 21 da LC n. 64/90 referem-se à representação prevista no art. 1º, I, “d”, da mesma lei (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. 2. ed. – São Paulo: Dialética, 2004, p. 160). No mesmo sentido Joel Cândido ao dizer que a inelegibilidade prevista nessa alínea (“d”) está condicionada “ao resultado positivo e definitivo [agora mudou com a LC n. 135/90] de um processo que se origina de uma ‘representação’ e que deve tramitar na Justiça Eleitoral”. Essa representação decorre dos arts. 19 e 22 da LC n. 64/90. (CÂNDIDO, Joel. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. Bauru, SP: EDIPRO, 1999, p. 155).

19 e 22 da LC n. 64/90 constituíam ampliação daquela alínea. Decomain, por exemplo, entende que “a inelegibilidade prevista pelo art. 1º, I, *d*, resta ampliada pelo art. 22, *caput*, combinado com o inciso XIV. A inelegibilidade resultará não apenas de abuso do poder econômico ou político, mas também de uso indevido de veículos ou meios de comunicação”³⁵. Todavia, para incidência da inelegibilidade era necessária a apuração do ato ilícito por meio da investigação judicial eleitoral e a decretação da inelegibilidade na parte dispositiva da sentença.

Tudo isso fazia muito sentido, antes da Lei da Ficha Limpa, porque se a investigação fosse julgada até a eleição (segundo a lei) ou até a diplomação (segundo a jurisprudência), cassava-se o registro do candidato e impunha-se a sanção de inelegibilidade. Se julgada depois, aplicava-se apenas a inelegibilidade por conta do ilícito reconhecido, remetendo-se cópia dos autos ao Ministério Público Eleitoral para fins de ajuizamento de recurso contra a expedição de diploma ou de ação de impugnação de mandato eletivo, conforme o caso.

Agora, com a Lei da Ficha Limpa, ainda que a investigação seja julgada depois da proclamação dos eleitos, a inelegibilidade será declarada e o registro de candidatura ou o diploma cassado. Deu-se maior efetividade à investigação judicial eleitoral, que sempre foi muito criticada sob o regramento anterior.

A partir dessa perspectiva, duas construções teóricas podem ser desenvolvidas para tentar minimizar essas incoerências:

(a) Elaborar uma construção no sentido de que a alínea “d” supra a necessidade de decretação de inelegibilidade pela prática de qualquer das infrações a que se referem os arts. 19 e 22 da LC n. 64/90. Assim, não haveria mais ilícito algum que ensejasse na decisão o reconhecimento expresso da inelegibilidade. Todas as hipóteses de inelegibilidades, inclusive as decorrentes daqueles dois artigos, seriam simplesmente “critérios”. Não haveria mais inelegibilidade como *sanção* ou *pena* decorrente diretamente de ato ilícito (eleitoral). O resultado da investigação judicial eleitoral consistiria apenas na cassação do registro ou do diploma.

(b) Pensar um conceito de abuso na órbita do direito eleitoral não mais na perspectiva da potencialidade. Esse conceito de *potencialidade* foi desenvolvido pela jurisprudência a partir do parágrafo único do art. 19 da LC 64/90 ao dispor que a apuração e a punição dos casos envolvendo prática

³⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 163.

abusiva terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições. Tem-se aqui a ideia de expressividade, grandiosidade, repercussão, de agressão relevante ao bem jurídico tutelado. Uma nova formulação conceitual limitar-se-ia apenas à compreensão do abuso como transbordamento de limites legais, como ilegalidade. Aliás, a LC n. 64/90, art. 22, *caput*, já dispunha que a investigação judicial tem por escopo apurar uso indevido, desvio ou abuso de poder, não se limitando, portanto, apenas a essa última hipótese. A Lei da Ficha Limpa “revogou” expressamente a tese da potencialidade (art. 22, XVI), estabelecendo que o ato será abusivo se caracterizado pela “gravidade”. Essa leitura aproxima o abuso dos outros ilícitos a que se refere a alínea “j” (art. 1º, I, LC n. 64/90). E, nesse caso, todos têm sanções próprias e todos implicam inelegibilidade sem necessidade de reconhecimento em sentença. É verdade que, embora possível argumentativamente, essa possibilidade (abuso como mero ilícito sem levar em conta a agressão ao bem jurídico tutelado), o legislador não pode simplesmente sair por aí revogando conceitos, institutos, princípios jurídicos. É que a conduta só pode ser grave (“gravidade”) se atingir de forma relevante a normalidade e a legitimidade do pleito, que é o bem jurídico-eleitoral protegido pela norma. Se isso não ocorrer, a conduta será irrelevante, isto é, não grave, ou atípica (materialmente falando) na linguagem do direito penal.

Essas são proposições possíveis que amenizariam as inconsistências apontadas. Contudo, não parece ser a melhor solução.

6 O MOMENTO DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E DAS INELEGIBILIDADES – O REGISTRO DE CANDIDATURA

Com a introdução do § 10³⁶ do art. 11 da Lei n. 9.504/97 pela Lei n. 12.034/09 ampliou-se o momento de aferição dos critérios, que é o registro de candidatura, em favor da possibilidade de deferimento do pedido, pois enquanto não exaurida a atividade jurisdicional da Justiça Eleitoral no feito, o que só ocorre com o trânsito em julgado, o candidato poderá trazer aos autos os elementos que lhe assegurem o êxito da candidatura ainda que em fase recursal.

³⁶ “As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade”.

Além dessas medidas que podem ser adotadas fora do registro de candidaturas para, enquanto houver tempo, apresentá-las perante a Justiça Eleitoral, também é razoável a tese³⁷ de que inelegibilidades que tenham tempo certo para se extinguirem e que isso ocorra antes da data da eleição deve a Justiça Eleitoral considerar esse fato e deferir o registro de candidatura, desde que, evidentemente, não haja dúvidas sobre o fim temporal dessa inelegibilidade como, por exemplo, a possibilidade de ser estendida em razão de algum fator (a quebra de livramento condicional, *e.g.*).

Embora o texto reporte-se às inelegibilidades, será mais uma incongruência não admitir que essa mesma exceção seja aplicada às condições de elegibilidade. As razões para isso são muitas e os efeitos dessa interpretação apenas favorecerão o pleno exercício do direito de ser votado. É que se alterações fáticas ou jurídicas posteriores ao pedido de registro podem afastar a inelegibilidade, por que essas mesmas alterações não poderiam afastar eventual falta de alguma das condições de elegibilidade?

A jurisprudência eleitoral é vacilante nessa temática, isto é, quanto ao tratamento similar entre as condições de elegibilidade e as inelegibilidades. Dois casos ilustram isso com muita propriedade:

(a) A notícia de inelegibilidade. Num primeiro momento, essa possibilidade abriu-se como uma via a partir da qual o cidadão poderia trazer informações à Justiça Eleitoral sobre a impossibilidade de alguém ter o registro de candidatura deferido por incidir em alguma inelegibilidade³⁸. Posteriormente, entendeu-se que, se o juiz pode de ofício indeferir o registro de candidatura diante de causa de inelegibilidade e também diante de ausência de condições de elegibilidade, a notícia de inelegibilidade poderia abranger não apenas as inelegibilidades, mas igualmente as condições de elegibilidade³⁹.

(b) A ação rescisória. Com a alteração feita pela Lei Complementar n. 86, de 14.05.1996, o Código Eleitoral, art. 22, inciso I, passou a ter a alínea “j”, dispondo que compete ao TSE julgar e processar originariamente a ação

³⁷ Pensamento apresentado por Pedro Roberto Decomain por ocasião do Seminário de Direito Eleitoral realizado pelo TRE do Pará em Marabá/PA no dia 25.05.2012.

³⁸ Vide RESPE nº 9688/PR. Acórdão nº 12375 de 01/09/1992. Relator(a) Min. Sepúlveda Pertence. Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 4, Tomo 4, Página 134; PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/09/1992; DJ - Diário de Justiça, Data 21/09/1992, Página 15639.

³⁹ “(...) Condições de elegibilidade: A denúncia da carência de qualquer delas com relação a determinado candidato, ainda que partida de cidadão não legitimado a impugnar-lhe o registro, é de ser recebida como notícia, nos termos do art. 37 da RES./TSE 20.993/2002, na interpretação da qual não cabe emprestar à alusão à inelegibilidade força excludente da possibilidade dela valer-se o cidadão para alegar carência de condição de elegibilidade pelo candidato, que, como a presença de causa de inelegibilidade *stricto sensu*, pode ser considerada de ofício no processo individual de registro.” (Recurso Especial Eleitoral nº 20267, TSE/DF, Brasília, Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence, j. 20.09.2002).

rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias de decisão irrecorrível, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado. A jurisprudência restringiu a interpretação para admitir, de forma reiterada, a ação rescisória apenas nos casos de inelegibilidade⁴⁰.

Resta saber que interpretação será dada ao § 10 do art. 11 da Lei n. 9.504/97 de modo a ampliar o sentido da ressalva – alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade – de modo a alcançar também as condições de elegibilidade ou de restringi-la apenas para as inelegibilidades. Como dito, não faz qualquer sentido que seja adotada uma interpretação restritiva. Eventuais óbices às condições de elegibilidade, diante da ressalva, podem ser afastadas desde que não exaurido o ofício jurisdicional da Justiça Eleitoral e esteja pendente de julgamento definitivo o pedido de registro de candidatura.

É claro que esse entendimento favorece o exercício dos direitos políticos – o direito de ser votado – e ao mesmo tempo traz implicações relevantes em marcos temporais fixados tomando-se por base o registro de candidaturas ou a impugnação ao pedido de registro de candidaturas⁴¹.

De igual sorte, e por outro lado, se a leitura da exceção contida na lei eleitoral favorece o candidato, e ainda mais se for estendida às condições de elegibilidade, o raciocínio inverso também é válido, ou seja, se no curso do processo de registro de candidatura houver a perda do sustentáculo para o seu deferimento ou para a manutenção desse deferimento, como é o caso daqueles que concorrem precariamente sob liminares, tutelas etc., e esse fato for demonstrado nos autos, a Justiça Eleitoral deverá negar o registro. É uma leitura possível do § 10 do art. 11 da Lei n. 9.504/97 combinado com o art. 26-C, § 2º, da LC n. 64/90⁴².

⁴⁰ “(...) 1. A ação rescisória somente é cabível no âmbito da Justiça Eleitoral contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral e que verse sobre inelegibilidade. 2. Não cabe ação rescisória para desconstituir acórdão de Tribunal Regional Eleitoral nem para discutir condição de elegibilidade alusiva à quitação eleitoral, em decorrência de condenação à pena de multa, em representação por propaganda eleitoral antecipada. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Agravo Regimental em Ação Rescisória nº 36905, TSE/RJ, Rel. Arnaldo Versiani Leite Soares. j. 21.06.2011, unânime, DJe 24.08.2011).

⁴¹ Exemplo disso é a exigência de que o parcelamento da multa para fins de quitação eleitoral deva ocorrer antes da impugnação ao pedido de registro de candidatura. Julgado: “(...) O requerimento de parcelamento de débito inscrito em dívida ativa, referente a multa eleitoral, feito após a apresentação de impugnação ao registro de candidatura, não afasta a ausência de quitação eleitoral. (...)” (Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 1269, TSE/SP, Rel. José Gerardo Grossi. j. 26.09.2006, unânime).

⁴² Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

7 APORTES FINAIS

Não é porque o TSE ou o STF disseram que inelegibilidade não é pena, que essa atribuição de sentido às palavras mude a realidade dos institutos e dos fatos. Existem sim casos de inelegibilidade que são típicas sanções, ainda que não penais. Os casos de abuso (arts. 19 e 22 da LC n. 64/90) são emblemáticos nesse sentido porque a decisão deverá, se reconhecida a prática abusiva, decretar a inelegibilidade. Mesmo sob o regime da Lei da Ficha Limpa, esse quadro não foi alterado. O próprio inciso XIV do art. 22 da LC n. 64/90, com a redação dada pela LC n. 135/10, determina que se a investigação judicial eleitoral for julgada procedente, será aplicada a sanção de inelegibilidade.

Discorrendo sobre a parcial inconstitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, Decomain enfrenta o tema da natureza jurídica das causas de inelegibilidade a partir da pergunta: “causa de inelegibilidade pode ser sanção?” Para ele, há causas de inelegibilidade – não todas – que configuram sanções. A ideia de sanção está atrelada à “perda ou diminuição de um bem jurídico daquele que realizou uma conduta ilícita”. Assim, para o eleitoralista, quando se estiver diante de uma causa de inelegibilidade que seja resultado da prática de um ato ilícito, a inelegibilidade é uma sanção adicional a esse ilícito⁴³.

O posicionamento anterior da jurisprudência não era destoante da compreensão acerca dos ilícitos eleitorais, os quais podem apresentar-se como ilícitos criminais (os tipos penais eleitorais) ou como ilícitos cíveis-eleitorais. A prática de qualquer desses ilícitos implica uma determinada sanção ou penalidade. Basta a leitura de qualquer dispositivo dessa natureza para que esse fato seja facilmente percebido. Para ilícitos penais, sanções de natureza penal (multa e prisão, por exemplo). Para os ilícitos não-penais, sanções de natureza não-penal (multa, cassação do registro de candidatura, cassação do diploma e inelegibilidade, conforme o caso). As hipóteses a que se referem os arts. 19 e 22 da LC n. 64/90 implicam inelegibilidade. E assim é porque são atos ilícitos (abuso do poder político, poder de autoridade, poder econômico e uso

§ 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de habeas corpus. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no caput, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

§ 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

⁴³ DECOMAIN, Pedro Roberto. Inconstitucionalidade parcial da LC 135/2010. In: *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Pará*, v. 1, n. 1 (maio/ago. 2009), p. 8-12.

indevido dos meios de comunicação social) para os quais a lei expressamente prevê a sanção de inelegibilidade.

Existem, portanto, inelegibilidades: (a) que são sanções/penas primárias pela prática de atos lícitos: devem ser reconhecidas e impostas em sentença; (b) que são sanções/penas secundárias decorrentes de ilícitos (eleitorais ou não): não precisam vir expressas na sentença que reconheceu o ilícito praticado; (c) que são critérios elencados pelo legislador não decorrentes de ilícitos: para estas sequer há processo, pois de ilícito não se trata. Estas últimas inelegibilidades são “critérios puros”. As duas primeiras não deixam de ser “critérios”, mas fundados em ilícitos, e como tais são penas/sanções.

Por outro lado, com relação às inelegibilidades e às condições de elegibilidade, já sustentei em outra ocasião que não é harmoniosa com a concepção democrática, que os direitos políticos sejam vistos como naturalmente não reconhecidos e que a participação em um prélio eleitoral esteja condicionada a uma série de procedimentos restritivos que, só ao final e por exceção, seja ela permitida. A amplitude dos direitos políticos e a restrição deles, sob qualquer nomenclatura, deve passar pelo princípio democrático voltado aos cidadãos convocando-os e facilitando a participação deles na gerência dos negócios do Estado. Ampliar sempre; restringir, apenas sob medidas delimitadas. A elegibilidade traz em si um conteúdo de incentivo à participação política e, portanto, realizadora da própria democracia; já a inelegibilidade é medida protetiva⁴⁴ do regime contra quem não deve, ainda que temporariamente e sob critérios expressamente previstos em fontes normativas autorizadas, conspurcar a participação popular. As inelegibilidades são medidas protetivas do princípio democrático que impedem candidaturas pela via sancionatória decorrente da prática de ilícito ou por proibições fundadas em riscos⁴⁵.

É possível perceber, assim, retomando os aportes iniciais, um modelo teórico em torno das inelegibilidades como impedimentos ao direito de ser votado, e das condições de elegibilidade como requisitos ou pressupostos

⁴⁴ Vale aqui o registro histórico feito Ferreira Filho: “A inelegibilidade é uma medida destinada a defender a democracia contra possíveis e prováveis abusos. Em sua origem, na Constituição de 1934, aparecia ela como medida preventiva, ideada para impedir que principalmente os titulares de cargos públicos executivos, eletivos ou não, se servissem de seus poderes para serem reconduzidos ao cargo, ou para conduzirem-se a outro, assim como para eleger seus parentes. Para tanto, impedida suas candidaturas, assim como a de cônjuges ou parentes, por um certo lapso de tempo (art. 112).” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 114).

⁴⁵ SALES, José Edvaldo Pereira. Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Eleitoral: em busca de referenciais (compromissos) hermenêuticos. In: *Revista brasileira de direito eleitoral – RBDE*. Belo Horizonte, ano 4, n. 6, jan./jun. 2012.

que devem preenchidos por quem almeje disputar um pleito eleitoral. Nesse modelo, a elegibilidade é a regra e a inelegibilidade, a exceção. A esse modelo, contrapõe-se o de que a elegibilidade nasce de um fato jurídico que é o registro de candidatura. Se não há registro deferido, não há elegibilidade. Logo, inverte-se a assertiva do paradigma anterior. Aqui, na nova proposta, a inelegibilidade é a regra, a elegibilidade, a exceção.

Algumas questões de ordem teórica saltaram com o conceito de quitação eleitoral, impondo-se, nos casos de não aprovação de contas ou também de não prestação das contas, a impossibilidade de viabilização da candidatura durante determinado período num efeito característico das inelegibilidades, embora sob o manto de uma condição de elegibilidade. A questão, como se viu, ainda está pendente. Aqui as condições de elegibilidade (no caso, a quitação eleitoral) confundem-se com as próprias inelegibilidades.

Com as discussões em torno da Lei da Ficha Limpa e a busca de argumentos para que sua aplicação alcançasse fatos pretéritos ou, como se preferiu dizer, *desse qualificação jurídica diversa a efeitos futuros de atos passados*⁴⁶, parece que está sendo desenhado um outro modelo segundo o qual as inelegibilidades aproximam-se e muito das condições de elegibilidade (o inverso do que está ocorrendo quanto ao conceito de quitação eleitoral), pois ambas são apenas critérios que devem ser aferidos por ocasião do registro de candidaturas. Como visto, isto ficou nítido por ocasião do julgamento da Consulta n. 1147-09, quando o Relator Min. Arnaldo Versiani, disse em seu voto que a “inelegibilidade, assim como a falta de qualquer condições de elegibilidade, nada mais é do que uma restrição temporária à possibilidade de qualquer pessoa se candidatar, ou melhor, de exercer algum mandato”. Semelhante entendimento foi lançado pelo Min. Ricardo Lewandowski, no mesmo julgamento, ao dizer “as normas que alteram ou impõem inelegibilidades não têm caráter penal, como também não configuram sanção”.

As duas possibilidades indicadas – a desnecessidade de reconhecimento da inelegibilidade na sentença nos casos dos arts. 19 e 22 da LC n. 64/90, aplicando-se tão-somente o art. 1º, I, “d”, para esse fim; e a mudança de compressão conceitual do que seja abuso – parecem ser as vias para harmonizar o quadro teórico que vem sendo desenhado, ou, o que parece mais provável, pelo menos minimizar seus efeitos incongruentes. Embora, ainda assim, a fissura teórica persistirá.

⁴⁶ O jogo de palavras não afasta a retroatividade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Moreira. Pressupostos de elegibilidade e inelegibilidades. In: *Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*, por Bento Bugarin e outros. Coordenação de José Francisco Rezek. Brasília: Universidade de Brasília, 1976.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed., ver. atual. e ampliada. – Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

_____. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. Bauru, SP: EDIPRO, 1999.

COSTA, Adriano Soares da. *Inelegibilidade cominada por rejeição das contas*: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE. In: *Direito eleitoral contemporâneo*. Guilherme de Salles Gonçalves, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Carlos Luiz Strapazzon (Org.). Belo Horizonte: Fórum, p. 61-82, 2008.

_____. *Instituições de direito eleitoral*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. Inconstitucionalidade parcial da LC 135/2010. *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Pará*, v. 1, n. 1, p. 8-12, maio/ago. 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Pinto. O problema da inelegibilidade. In: *Revista forense*. Rio de Janeiro, vol. 186, ano 56, nov.-dez./1959, p. 20-28.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos – elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2ª ed. revista e atualizada. – Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

SALES, José Edvaldo Pereira. Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Eleitoral: em busca de referenciais (compromissos) hermenêuticos. In: *Revista brasileira de direito eleitoral – RBDE*. Belo Horizonte, v. 4, n. 6, jan./jun. 2012.

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

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Juliana Pinto de Campos¹

RESUMO: A complexidade das relações jurídicas em um mundo globalizado e cada vez mais competitivo sob constante evolução, exige do direito a capacidade de perceber o impacto transformador destas novas relações jurídicas e construir um ordenamento jurídico capaz de absorver as consequentes mudanças e ao mesmo tempo regulá-las em busca do equilíbrio social. O estudo apresentado a seguir procura demonstrar os fatos que construíram a novel teoria da perda de uma chance, partindo de um histórico das relações humanas que culminaram com a responsabilidade civil por práticas de atos danosos e sua devida reparação. Na demonstração da nova teoria buscou-se referência no direito comparado e na prática judiciária nacionais com a demonstração da recente jurisprudência e doutrina amplamente citadas. Encerra-se com observações finais sobre o presente com um registro prospectivo sobre os possíveis desdobramentos da nova teoria da perda de uma chance.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Dano. Teoria da Perda de uma chance.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. 4 DIREITO COMPARADO E APLICAÇÃO NO BRASIL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil encontra abrigo na vida cotidiana do homem desde longa data na atividade que extrapola o limite do direito individual e gere prejuízo para outrem. Situações onde, em decorrência de certo ato ofensivo, um indivíduo vê violado seu direito de ter a oportunidade de obter certa vantagem ou mesmo evitar um dano. Esse dano, consequência da perda

¹ Acadêmica de Direito. Bacharel em Comunicação Social. Servidora do Ministério Público do Estado do Pará.

dessa oportunidade, durante muito tempo foi ignorado pelo direito, sob o argumento de que, fatos que não ocorreram não poderiam de maneira nenhuma ser objetos de certeza, ao ponto de gerar uma indenização.

A concepção mais recente de responsabilidade civil não se baseia apenas na noção de ato ilícito e sim na de dano injusto, composto pelo elemento fático do prejuízo e pelo elemento de direito da lesão jurídica. A responsabilidade civil, portanto, não se trata de punição, e sim de uma fixação de *quantum* que serve para fazer o patrimônio do ofendido ser reequilibrado.

O Código Civil de 1916 não abrangeu a responsabilidade civil de maneira sistematicamente disciplinada. Tal fato encontra respaldo no momento jurídico da elaboração do projeto, onde o referido instituto não era difundido na proporção que se verifica atualmente, tanto na teoria quanto na prática.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil baseada na perda de uma chance não é mencionada no Código Civil vigente, ficando seu estudo e aplicação a cargo da doutrina e jurisprudência. A matéria despertou o interesse, relativamente recente, de juristas que têm se dedicado a analisá-la pormenorizadamente, em que pese não seja aplicada frequentemente nos tribunais do Brasil.

O presente artigo trata dessa teoria da perda de uma chance, que foi construída pelas doutrinas italiana e francesa, e tem uma peculiaridade em relação às outras hipóteses de perdas e danos, pois não se trata de prejuízo direto à vítima, mas sim de uma probabilidade.

Regra geral, busca-se a indenização de forma inadequada, pleiteando a perda da vantagem e não a perda de oportunidade de se obter tal vantagem ou, ainda de se evitar o prejuízo.

Nesse contexto, abordará a evolução dessa teoria nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, até a forma como foi recepcionada, paulatinamente, pelo direito brasileiro, apontando suas principais características e comparação com outros institutos análogos, como lucros cessantes e danos emergentes.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código de Hamurabi², fundamentado no princípio da Lei de Talião, expressa pela máxima *olho por olho, dente por dente*, pregava a ideia de vingança, incentivando o ofendido a reagir ao dano de maneira instintiva,

² Um conjunto de leis escritas compiladas pelo rei Hamurabi, por volta de 1700 a.C., com o objetivo de solucionar os conflitos de interesses da sociedade.

fazendo justiça na mesma proporção do dano causado. Obviamente, essa prática, chamada de vingança privada, trouxe resultados negativos ao produzir sempre novas lesões.

Posteriormente, no período da Lei das XII Tábuas, antiga legislação da origem do direito romano, já havia a ideia de composição, porém não de forma reparadora em sentido amplo, mas com o objetivo de aplicar uma pena ao ofensor. No direito romano, a Lei das XII Tábuas é apontada como início da fase de composição obrigatória, pois o ofendido via-se obrigado, em certos casos, a aceitar a composição, em renúncia à vingança privada.

Fez-se necessária a intervenção do poder público para suprimir as desordens consequentes da Lei de Talião, eliminando essa forma de reparação do mal com o mal. Dessa forma, o Estado fixou os valores das indenizações pecuniárias e passou a punir fatos que, ainda que não atingissem interesses particulares, estavam carentes de sanção.

Nesse sentido, surgiu a *Lex Aquilia*, lei que deu origem à teoria subjetiva ou de responsabilidade subjetiva, adotada pelo Código Civil brasileiro. A partir de então, o ofendido pôde ter seu dano reparado com compensação de ordem econômica, ao invés de retaliação ao agente.

Para Sílvio Venosa, o divisor de águas da responsabilidade civil é, justamente, a *Lex Aquilia*, que foi “um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens”.³

O referido autor acrescenta, ainda, que o conceito da Lei Aquilia foi ampliado, havendo maior enfoque em torno do dano, e não da culpa, como medida de indenização:

A teoria da reparação de danos somente começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano [...] O direito francês aperfeiçoou as ideias romanas, estabelecendo princípios gerais de responsabilidade civil.⁴ (VENOSA, 2010, p. 19).

Nessa época a responsabilidade foi criando subjetividade, já sendo necessária a averiguação da culpa do agente para que fosse caracterizada a obrigação de indenizar.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19.

⁴ Ibid., p. 19.

Cumpra salientar que, após a Revolução Industrial, os avanços tecnológicos e econômicos refletiram diretamente no universo contratual, multiplicando também os danos, gerando a preocupação constante em criar e aperfeiçoar leis que pudessem oferecer maior proteção às atividades do homem.

Com a forte influência do direito francês, a teoria da culpa foi consagrada na legislação brasileira, e assim dispunha o Código Civil de 1916, em seu artigo 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. A Teoria da Culpa era também chamada de subjetiva, já que levava em consideração a conduta do agente para efetivar a aplicação da responsabilidade civil.

Com o advento do novo Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, a exigência da culpa continua sendo regra, conforme conjugação dos artigos 927 *caput* e 186. O *caput* do artigo 927 determina que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, enquanto o artigo 186 dispõe claramente que para configuração da responsabilidade civil, é fundamental a existência da culpa: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A possibilidade de indenização por dano moral, que já havia sido pacificada pela jurisprudência, foi expressamente incluída no Código Civil.

Entretanto, não obstante a permanência da teoria da culpa, o parágrafo único do artigo 927 acolhe a teoria do risco, ou seja, ainda que não haja conduta culposa, há obrigação de indenizar. Trata-se de uma cláusula aberta da responsabilidade objetiva. Portanto, apesar de manter como regra a responsabilidade civil subjetiva, o vigente Código ampliou a responsabilidade civil objetiva, notadamente como se extrai do texto legal: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Ao consagrar, ainda que de forma genérica, a teoria do risco para a responsabilidade objetiva, o legislador permitiu significativo avanço, pois possibilitará maior efetividade da responsabilidade civil, sobretudo para as vítimas que deixam de ser ressarcidas por não conseguirem material probatório da culpa do agente.

3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil é constituída pelos elementos formadores da obrigação de reparar o dano, quais sejam: culpa (nos casos de responsabilidade subjetiva), dano, nexo causal e conduta. No direito, só cabe indenização àquele que sofreu o dano. Sendo a responsabilidade contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva, ocorrendo o dano, nasce a responsabilidade civil.

Ante a evolução desse instituto, no sentido de preferir o ressarcimento e proteção da vítima à punição do ofensor, tornou-se necessária a criação dessa nova forma de reparação de danos. Há uma preocupação com o retorno ao *status quo ante*, seguindo uma tendência de ampliação dos conceitos de responsabilidade civil no sentido de abranger todas as possibilidades de reparação dos prejuízos sofridos pela vítima para que esta não venha a suportá-los sozinha.

Quando há obstáculos à análise dos respectivos elementos configuradores da responsabilidade civil, o dever de reparação é mitigado, pois o prejuízo da vítima é visualizado, porém não se vislumbra dano certo e determinado, o que inviabiliza o ressarcimento da violação de interesse e/ou bem juridicamente protegido.

Ocorre que, em que pese seja impossível mensurar o dano de forma certa e determinada, o prejuízo da vítima é latente, decorrente da expectativa em obter vantagem ou evitar o prejuízo. Portanto, para que haja a reparação civil das chances perdidas, é fundamental enquadrá-las como se danos fossem.

Daí a pertinência do estudo e aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance, a qual mesmo diante de inicial dificuldade da mensuração e constatação do dano em determinados casos, torna-se possível o ressarcimento do ofendido. Ora, é a chance que deverá ser reparada, e não o dano. O direito não admite hipóteses ou expectativas incertas ou praticamente improváveis. Dessa forma, a indenização requerida deve ter como objeto algo que certamente iria ocorrer, mas, em virtude do fato gerador do dano, restou impossível.

Assim, a perda de uma chance deve ser enquadrada como uma espécie de dano material, especificamente como uma espécie de dano emergente, que é o equivalente à perda efetivamente sofrida. Definida corretamente a natureza jurídica da perda de uma chance, estará superada a incerteza quanto à existência do dano, possibilitando maior aplicabilidade da teoria e proporcionando uma maior eficácia da reparação.

Imperioso destacar que há distinção entre o dano ocasionado pela caracterizada perda de chance e o lucro cessante tendo-se em vista que, muito embora sejam institutos próximos, não se confundem e não podem ser tratados como modalidades idênticas de dano, já que exigem requisitos de comprovação diferentes.

Na lição de BOCCHIOLA, cuja obra foi mencionada por SAVI:

De fato, existem características comuns entre o lucro cessante e a chance. Em ambos os casos, ao invés de subtrair da vítima uma importância que esta teria no momento em que o fato danoso se verifica, este impede que a vítima possa adquirir novos elementos, lucrar e usufruir de ulteriores utilidades patrimoniais. Ou seja, tanto a vítima de lucro cessante como a vítima de perda da chance, terão dificuldades no que tange à prova do dano. Seja no caso de lucro cessante, seja no caso de perda de chance, restará sempre a dúvida sobre se algum outro evento fortuito não teria, igualmente, impedido que aquela esperança fundada se realizasse. [...] Aquilo que não aconteceu não pode nunca ser, a rigor, objeto de certeza absoluta; a única coisa indubitável é que uma possibilidade foi perdida, que permanece na condição de hipótese e é privada de verificação completa.⁵

(BOCCHIOLA apud SAVI, 2006, p. 14).

Assim, pode-se dizer que, na hipótese de lucros cessantes, a vantagem já estava ocorrendo, havendo privação da vítima dos lucros que estava obtendo, em decorrência dos atos ilícitos praticados pelo ofensor. Por outro lado, no dano por perda de chance, a vítima estava em processo de perceber alguma vantagem que, no momento do dano sofrido, ainda não havia se concretizado. A perda de chance é normalmente um dano presente, tendo em vista que a chance, quase sempre, é perdida no mesmo momento em que se verifica o fato danoso. Nesse sentido, BOCCHIOLA afirma que a “possibilidade, por si só considerada, é atual já no momento do fato lesivo, e quando se julga sobre esta perda, a situação é, normalmente, definitiva, cristalizada em todos os seus elementos, de modo que o dano já se verificou”⁶

Ressalte-se que, nos dois casos, a comprovação do dano se dará de forma diversa. Na ocorrência de lucros cessantes, a vítima terá que comprovar que já estava percebendo as vantagens, na tentativa de convencer o magistrado de que, se não tivesse sofrido o dano, continuaria a percebê-las.

No caso de chance perdida, a comprovação torna-se ligeiramente mais

⁵ BOCCHIOLA, Maurizio apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 14.

⁶ Ibid., p. 19.

complicada, uma vez que a vítima deverá provar que, no momento do ato do infrator, tinha a possibilidade, chance de obter um lucro futuro em seu patrimônio. Sobre o assunto, dispõe BOCCHIOLA que:

No caso de lucros cessantes, o autor deverá fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Já nas hipóteses de perda de uma chance, se permanecerá sempre no campo do desconhecido, pois, em tais casos, o dano final é, por definição, indemonstrável, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva.⁷ (BOCCHIOLA apud SAVI, p. 18).

Embora existam características comuns aos institutos, perda de chance e lucros cessantes, não podem ser tratados como similares, pois a modalidade da perda de uma chance surgiu exatamente para abranger aqueles casos que não poderiam ser amparados com base na categoria dos lucros cessantes.

A característica essencial da perda de uma chance é a certeza da probabilidade. “A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de ter o benefício”⁸. Por isso, na perda de uma chance não há só o prejuízo hipotético, mas também o certo, que encontra abrigo na certeza da probabilidade de obtenção de certo benefício frustrado em decorrência de ato ilícito praticado por outrem. Repara-se a chance perdida e não o dano final.

4 DIREITO COMPARADO E APLICAÇÃO NO BRASIL

A teoria da perda de uma chance ou *perte d'une chance* teve origem na França da década de 60, como instituto capaz de atribuir responsabilidades. A decisão que inaugurou na jurisprudência francesa os fundamentos da teoria adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, em julho de 1964. O caso narrou a acusação e posterior condenação de um médico ao pagamento de uma pensão devido à verificação de falta grave contra as técnicas da medicina, considerado desnecessário o procedimento que adotara, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto.

⁷ BOCCHIOLA, Maurizio apud SAVI, Sérgio, op. Cit., p. 18.

⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 167.

Diante de tal precedente, a doutrina estrangeira passou a reconhecer a teoria da perda de uma chance como válida e existente. Na Itália, muitos avanços da doutrina foram obtidos, no sentido de se reconhecer a possibilidade de indenização pela chance perdida, sempre que concretas chances de obtenção de uma certa vantagem tenha sido lesionada. Os doutrinadores italianos passaram a conceber o valor da chance como parte integrante do patrimônio da vítima. Consequentemente, sempre que alguém retirar de outrem a chance de obter certa vantagem, estará violando diretamente o patrimônio do lesado.

Bocchiola, citado por Sérgio Savi, acrescenta:

A jurisprudência italiana da *Corte di Cassazione* começou a superar a tradicional forma de se entender a injustiça dos danos ao enfrentar casos de morte de uma pessoa por ato culposos de outra. Nestas hipóteses, a *Corte di Cassazione* tem entendido que o ressarcimento dos danos é devido não só a quem for titular de um direito subjetivo a alimentos, mas também a qualquer um que tenha sofrido lesão a um simples interesse de fato, como, por exemplo, a expectativa de que a vítima contribuiria economicamente para o sustento da casa.⁹ (BOCCHIOLA apud SAVI, 2006, p. 16).

No ordenamento jurídico italiano, a chance é um dos critérios de imputação da responsabilidade civil, haja vista que este tipo de dano é considerado lesão a uma legítima expectativa, tão suscetível de ser indenizada quanto qualquer outro direito subjetivo tutelado.

No Brasil, a responsabilidade civil pela perda de uma chance, apesar de já ser utilizada, ainda não possui base sólida para o seu desenvolvimento. No entanto, a doutrina busca alicerce no ordenamento jurídico desses países que já desenvolveram o tema de forma mais aprofundada. Porém, não obstante a ausência de previsão legal específica no Código Civil Brasileiro, considera-se aceita a teoria respaldada pelos dispositivos que regulamentam a obrigação de indenizar.

Contudo, apesar de reconhecerem a possibilidade de reparação da chance perdida, desde que séria e real, os tribunais estaduais pátrios ainda encontram dificuldade para harmonizar os conceitos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Nesse sentido, torna-se relevante o princípio da reparação integral do dano, que consiste em colocar a vítima, dentro de possível, em situação idêntica ou equivalente à anterior ao dano sofrido. Ou seja, todos os danos

⁹ BOCCHIOLA, Maurizio apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

causados devem ser reparados de forma que seja atingido o valor mais próximo dos bens e direitos lesados. Tal princípio encontra respaldo no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, o qual garantiu a reparação do dano não só material, mas também moral, tendo o Superior Tribunal de Justiça consagrado no verbete 37 de sua súmula a possibilidade de cumulação das indenizações por danos morais e materiais resultantes de fato único. Mas, no âmbito infraconstitucional o princípio também encontra abrigo, constando expressamente no art. 944 do Código Civil, que estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Sérgio Savi aduz que:

Este princípio tem a importante função de garantir seja estabelecido o equilíbrio entre dano e a reparação, como forma de assegurar, sempre que possível, o retorno ao *status quo ante*. A importância deste princípio no estudo da responsabilidade civil é destacada, uma vez que tem a grande virtude de assegurar o direito da vítima de ser ressarcida de todos os danos sofridos, colocando-a na mesma posição que estaria se o fato danoso não tivesse acontecido.¹⁰ (SAVI, 2006, p. 98).

Em conformidade com o referido princípio, a vítima deve auferir reparação por todos os danos sofridos, incluindo-se aqueles decorrentes da perda de uma chance de obter vantagem ou, ainda, evitar prejuízo, por assim representarem dano injusto.

Ainda, da leitura do art. 927, *caput* e parágrafo único e do art. 186 do Código Civil, dispositivos basilares da obrigação de reparar o dano, não se verifica óbice à reparação de uma oportunidade inalcançada em razão da conduta de outrem. O maior obstáculo encontrado para a admissão da teoria da perda de uma chance reside na dificuldade de se demonstrar que a conduta de outrem gerou um dano, esbarrando-se em um problema de certeza dos pressupostos da responsabilidade civil.

A maior parte da doutrina brasileira admite a reparação pela perda de uma chance, todos ressaltando a necessidade de comprovação da seriedade das chances. Pode-se afirmar que é maciça a posição favorável, o que evidencia a sua recepção.

Nas hipóteses de responsabilização civil, o direito brasileiro, historicamente, sempre considerou meros caprichos, sem a devida repercussão econômica ou moral, não autorizam a intervenção do Judiciário. È o que extrai, por exemplo do art. 3º do Código de Processo Civil – “Para

¹⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 98.

*propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade. “Nessa linha relevante anotar a opinião de **Sérgio Cavalieri Filho** no que diz respeito ao conteúdo gravoso da atitude para que seja passível de avaliação no campo da responsabilidade civil “se trate de uma **chance** real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada”.*¹¹

Os tribunais brasileiros têm reconhecido a aplicação da teoria há relativamente pouco tempo. Como a doutrina aprofundou o estudo recentemente, muitos são os equívocos em sua aplicação nos julgados, com inobservância de seus requisitos e classificação errônea da natureza jurídica.

A princípio a questão da perda de uma chance havia sido enfrentada, mas o STJ, não obstante ter feito menção à teoria, negou a indenização¹². No entanto, em decisões mais recentes, este Tribunal tem se manifestado pela admissão da indenização. SANSEVERINO, em sua obra, acrescenta:

No Brasil, a reparação da perda de uma chance encontrou resistência da jurisprudência até poucos anos atrás, em função da alegação de incerteza do dano, sendo reconhecida esporadicamente em casos de responsabilidade civil de advogados. Exemplo disso tem-se em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de um advogado que, tomando conhecimento do extravio dos autos do processo, não comunicou o fato à sua cliente e não adotou as providências necessárias para sua restauração [...] Nos últimos anos, em função da preocupação doutrinária com o tema, tem sido cada dia mais frequentes os casos de responsabilidade por perda de uma chance apreciados por nossos tribunais, inclusive o STJ. (SANSEVERINO, p. 171).

Em decisão proferida no Recurso Especial nº 788.459/BA, foi reconhecido o dano da perda da chance de ganhar um prêmio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em um jogo de perguntas e respostas conhecido como “Show do Milhão”. Lesada por uma pergunta mal elaborada, a participante foi vencedora em ação onde reivindicou indenização, e o acórdão que reformou a sentença de 1º grau arbitrou o montante da indenização de acordo com a chance perdida, em valor equivalente a 25% do dano final, considerando que a participante teria ¼ de chance de acertar a resposta certa.

Em Recurso Ordinário julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, na qual o reclamante pleiteava indenização pela perda da chance

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, p. 92.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo nº4364/SP*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. julgado em 10/10/1990. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23.04.2012.

de conseguir uma promoção na empresa onde trabalhava, em decorrência de ato ilícito praticado pelo empregador, ora reclamado. O relator afirmou que “A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance torna indenizável a probabilidade séria de obtenção de um resultado legitimamente esperado que é obstado por ato ilícito praticado pelo agente ofensor” (TRT-3ª Região - RO 1533-2007-112-03-00-5 - Acórdão COAD 127370 - Rel. Des. Emerson José Alves Lage - Publ. em 2-10-2008).

Em recente decisão proferida pela Primeira Turma Recursal Cível do Estado do Rio Grande do Sul, foi apreciado o pedido de indenização de um competidor de “Down hill” - modalidade de esporte praticado com bicicletas estilo “mountain bike” - em face da companhia transportadora de ônibus que se recusou a despachar as bagagens em razão de o bagageiro estar lotado, tendo os competidores esperado por outro ônibus e atrasado-se para a inscrição da etapa classificatória da competição. O acórdão condenou a ré ao pagamento de uma indenização por danos morais “seja pela perda de uma chance de melhor resultado no campeonato, seja pelo efetivo padecimento psíquico que a frustração de parte do objeto do contrato de transporte foi certamente apta a provocar”.

Algumas decisões classificam o dano como lucros cessantes, a exemplo de uma ação demandada no Rio de Janeiro, na qual o autor reivindicava indenização pela perda da vantagem de um contrato de franquia, em virtude da rescisão unilateral, por parte da contratante. A relatora concluiu que:

Enquanto os lucros cessantes reintegram aquilo que o sujeito razoavelmente deixou de lucrar; a perda da chance foca o ressarcimento na perda de uma oportunidade com grande potencial de vir a se realizar, causada pela intervenção ilícita de outrem, mas aferível independentemente do possível resultado. A perda da chance, portanto, é espécie do gênero lucros cessantes e sob tal ótica deve ser aqui contemplada.¹³ (RIO DE JANEIRO, 2007).

Analisando estes julgados, percebe-se que a natureza do dano da chance perdida é classificada ora como espécie de lucro cessante, ora como dano moral.

¹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 0010705-71.2004.8.19.0209*. Relator: Desª. Cristina Tereza Gaulia. Julgado em 26.09.2007. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2012.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da responsabilidade civil permanece sob constante reformulação, especificamente no que tange aos requisitos e/ou elementos fundamentais.

A busca pela reparação integral dos danos sofridos pelo lesado impulsionaram a doutrina e a jurisprudência a criar instrumentos capazes de viabilizar um aumento das possibilidades de reparação.

Nesse diapasão, surge, entre esses mecanismos, a corrente que sustenta a reparação baseada na teoria da perda de uma chance, que, por ainda não estar totalmente sistematizada, tem muito ainda a ser desenvolvida, o que acaba impedindo a sua perfeita aplicação.

Ressalta-se a importância de fazer a distinção da teoria da perda de uma chance de outros institutos jurídicos para que os equívocos não transpassem a teoria e cheguem ao âmbito dos montantes indenizatórios.

Ao inserir a perda de uma chance no conceito de dano emergente, o problema da certeza do dano é eliminado, não se concedendo a indenização pela vantagem que foi perdida, mas sim pela perda da possibilidade de se conseguir essa vantagem. Distingue-se o resultado perdido da chance de consegui-lo.

Não obstante, a aplicação encontra limites, pois não será qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano, mesmo porque nem todos os casos são indenizáveis, haja vista que a chance deve ser considerada séria e real para ser passível de indenização, descartando as esperanças aleatórias.

Viu-se que a jurisprudência nacional pacificou a aplicação da novel teoria sobre os atos danosos vindos de agentes públicos, passando a responsabilizar, também, na via objetiva tal com determina a Constituição Federal os entes públicos que causam danos na órbita privada.

A evidente evolução da responsabilidade civil passa a impor o acolhimento da teoria, uma vez que, sob a proteção dos princípios constitucionais, a vítima de dano injusto passou a ser o foco de atenção do julgador.

Torna-se evidente que, quando aplicada de maneira correta, a perda de uma chance é instrumento hábil e eficaz para o alcance dos objetivos da responsabilidade civil moderna, quais sejam, a reparação integral do dano e a satisfação da vítima.

Os registros jurisprudenciais e doutrinários indicam que a nova teoria vem cristalizando-se junto ao Judiciário com ponto de partida na doutrina nacional que a consolida com novas avaliações das decisões dos tribunais bem como com as teses prospectivas lançadas pelos mesmos doutrinadores, compreendendo um círculo virtuoso no que respeita ao estabelecimento de novos padrões de comportamento social pelos jurisdicionados, com amplos e concretos efeitos nas relações jurídicas de todas as espécies, públicas ou privadas.

REFERÊNCIAS

BIONDI, Eduardo Abreu. *Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo nº4364/SP*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. julgado em 10/10/1990. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, p. 92.

LUCAS, Laís Machado. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: Análise de sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro a Partir de um Estudo Comparado*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Direito/72034-LAIS_MACHADO_LUCAS.pdf>. Acesso em 13 fev. 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº0010705-71.2004.8.19.0209*.

Relator: Des^a. Cristina Tereza Gaulia. Julgado em 26.09.2007. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIRTUOSO, Gisela Mello. *A problemática da fixação do quantum debeat per pelos tribunais brasileiros nos casos de aplicação de responsabilização civil por perda de uma chance*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33784-44129-1-PB.pdf>> . Acesso em: 20 mar. 2012.

A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ÔNUS DA PROVA PREVISTA NO ART. 333, DO CPC, EM CASO DE DÚVIDA, E SUA RELATIVIZAÇÃO PARA QUE SE ALCANCE O IDEAL DE JUSTIÇA

Louise Rejane de Araújo Silva¹

Maria Luzia de Araújo Silva²

RESUMO: A norma veiculada no art. 333, do Código de Processo Civil, refere-se ao ônus da prova enquanto técnica de julgamento a ser aplicada em caso de dúvida sobre pontos controvertidos, que não foi extirpada pela parte que tinha o ônus de fazê-lo durante a instrução processual. Contudo, existem excepcionalidades abarcadas em nosso sistema jurídico que permitem ao magistrado minimizá-las e quiçá afastá-las, para o fim de materializar os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a exemplo da hipossuficiência prevista em lei (consumidor), da **hipossuficiência econômica, social e cultural, e de casos em que a natureza do direito material deduzida em juízo demonstra a necessidade de o juiz utilizar a técnica de verossimilhança, como ocorre com as lesões pré-natais**. Não ferimento da imparcialidade judicial. Atingimento do ideal de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Técnica de julgamento. Ônus da prova. Art. 333, do CPC. Relativização. Hipossuficiência prevista em lei; hipossuficiência econômica, social e cultural. **Natureza do direito material. Aplicação da técnica de verossimilhança** Justiça.

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2 SITUAÇÕES EM QUE DEVE SER MINIMIZADA A TÉCNICA PREVISTA NO ART. 333, DO CPC, PARA QUE SE ALCANCE O IDEAL DE JUSTIÇA. 2.1 **Hipossuficiência prevista em lei - Código de Defesa do Consumidor**. 2.2 **Hipossuficiência econômica, social e cultural**. 2.3 **Em casos em que a natureza do direito**

¹ Promotora de Justiça do Estado do Pará. Pós-graduada *lato sensu* com especialidade em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia (UNAMA), conveniada com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e Pós-graduada *lato sensu* com especialidade em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera (UNIDERP), conveniada com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

² Funcionária Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Pós-graduada *lato sensu* com especialização em Direito Processual pela Universidade Anhanguera (UNIDERP), conveniada com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

material deduzida em juízo demonstra a necessidade de o juiz utilizar a técnica de verossimilhança. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 72-73) “Ônus da Prova é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar”, e, também “uma regra dirigida ao juiz, que indica como ele deverá julgar acaso não encontre a prova dos fatos”.

Na concepção de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.70) “Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Da redação do texto legal do art. 333 do CPC, a doutrina exterioriza que compete ao autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito; ao réu demonstrar os fatos impeditivos e/ou extintivos e/ou modificativos do direito do autor e que, diante da falta de provas, o julgador aplicará o dispositivo em referência como “regra de julgamento”, aplicando ônus da prova em detrimento da parte litigante que não cumpriu seu encargo probatório. E que tem como função estabelecer o caminho por onde a busca da verdade deve ser feita.

Acontece que muitas vezes as provas a serem produzidas e trazidas aos autos são insuficientes para assegurar os fatos ocorridos, daí impõe-se ao juiz o dever de julgar. E nessa esteira, para a doutrina mais numerosa, o art. 333 do CPC é colocado para o juiz como regra de julgamento que segundo Barbosa Moreira referido por Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 73) seria o ônus objetivo ou material da prova, posto que, indica como ele irá julgar a lide caso não encontre a prova dos fatos. Porém, ao ser colocado com regra de julgamento, há de se olvidar que na regra há uma subjetividade, ônus subjetivo ou formal, que alcança a pessoa do Estado-juiz, capaz de influenciar a convicção do julgador relativamente à demonstração ou não dos fatos discutidos durante a tramitação processual, e dirá qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito da atividade probatória, amargando decisão desfavorável.

A regra de julgamento ou de aplicação subsidiária referida, só tem aplicação, se mesmo diante da comunhão dos meios das provas ou do princípio inquisitivo, as partes não trazerem aos autos por suas iniciativas,

provas suficientes e necessárias à formação do convencimento do julgador que depois de perquiridas na instrução probatória e o magistrado encontrando-se em estado de perplexidade, e não mais lhe sendo conveniente aprofundar a investigação dos fatos, como lhe possibilita o poder instrutório do juiz, restará ao julgador unicamente o uso da regra de julgamento, caso contrário, o bem da vida discutido poderia perecer ante a falta de julgamento oportuno.

Deste modo, provado o fato constitutivo do direito do autor, pouco importa quem trouxe a prova. Provados todos os fatos da causa, o juiz não aplicará a regra de distribuição do ônus probatório.

Seguindo a regra de julgamento, estando a pretensão do autor juridicamente amparada, demonstrando ele os fatos constitutivos do seu direito e não demonstrando o réu qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a pretensão daquele deverá ser julgada procedente. Não demonstrando o autor os fatos constitutivos do seu direito, sua pretensão deverá ser julgada improcedente.

Por sua vez, demonstrando o réu fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a pretensão deste, também, deverá ser julgada improcedente. É o que leciona Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2008, p. 269) “ônus da prova indica que a parte que não produzir se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas aumenta o risco de julgamento contrário”.

Daí porque dizer também que ônus da prova é dirigido ao juiz, por ser regra de julgamento, posto que, se destina a iluminar o juiz, a indicar como ele irá julgar, quando alcançada a conclusão pessoal do julgador de que os fatos apresentados no processo restaram ou não demonstrados, é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e assim definir o mérito. A dúvida deverá ser dissipada. Do contrário é através do art. 333 do CPC, que o juiz irá balizar o julgamento caso não encontre a prova dos fatos trazidos pelas partes, após a instrução probatória. Neste viés, o juiz irá indicar qual das partes irá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, suportando um julgamento desfavorável à sua pretensão, conforme já frisado.

Converge-se daí que o julgador tem o dever de verificar, se ao final da instrução probatória o resultado foi completo ou não, conforme se extrai da lição de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 74): “Se completo, irrelevante é quem foi o responsável pela produção da prova”.

É o que princípio da aquisição processual ou a comunhão das provas impõe, posto que ou sendo o autor ou o réu o responsável, uma vez trazida aos autos, passa a fazer parte do processo. Mas, se a instrução for incompleta, o juiz deve-se ater ao caráter objetivo do ônus da prova, averiguando qual das partes foi o responsável em não completá-la e diante disso sofrer os prejuízos da incompletude fática que restou nos autos.

E continua Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 74) “O importante não é a conduta das partes na instrução (ônus subjetivo), mas o resultado da instrução sua avaliação e julgamento pelo juiz (ônus objetivo) não interessa quem produziu a prova, mas sim o que se provou e sua análise pelo magistrado”.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 11468/RS. DJU 07/04/92, assim se manifestou: “Pelo princípio da comunhão das provas, estas pertencem ao processo, pouco importando quem as produziu. De fato, ao juiz, incumbe analisar o conjunto probatório em globalidade, sem perquirir a quem competiria o ônus probatório.

E finalmente, ônus da prova, destaca-se na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2008, p. 269) que: “A idéia de ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz”.

Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2008, p.270) asseveram que:

No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer provas ao processo, ao ônus de afirmar os fatos, segue-se o de provar as próprias alegações sob pena de não terem tidas como verdadeiras, poderia ser o contrário se o nosso sistema fosse puramente inquisitivo, onde seria do juiz o dever de buscar e realizar as provas e não ônus das partes.

Mas, como o nosso processo civil é dispositivo, fatos não alegados não podem ser levados em consideração no processo, o que não está nos autos não está no mundo jurídico, significando que fatos alegados e não provados equivalem a fatos inexistentes (*allegatioet non probatio quase non allegatio*). Somente quanto aos fatos alegados que integram o objeto da prova, é que para uma das partes existe o ônus de provar. Assim como fato não provado equivale a fato não alegado, para o processo fato não alegado é fato irrelevante e, portanto não poderá ser fundamento de decisão nem será objeto de prova.

Neste contexto, nenhum fato sem relevância será provado no processo, assim não haverá ônus de provar.

Daí o interesse das partes em provar suas próprias alegações, configurando-se essa atividade como autêntico ônus, ou imperativo do próprio interesse. Ônus significa peso e não é por acaso que, na lei e na doutrina dos alemães, diz-se peso da prova (*Beweislast*) citado por Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2008, p. 270).

A técnica da imposição do ônus da prova, no processo civil dispositivo, produz o efeito de que as partes participem ativamente do processo mediante o contraditório processual, porque estas sabem quais as consequências das suas omissões. O *ônus probandi* passa a ser uma motivação às partes litigantes a participarem da instrução probatória segundo seus próprios interesses, com vistas a defender suas pretensões através do processo justo, posto que esse ônus funciona como regra de decisão, quando o juiz não forma seu convencimento, ou em outras palavras, fica em estado de dúvida.

É por isso que também é uma regra dirigida ao juiz, e este pode reduzir as exigências de prova, visando formar sua convicção, conforme a situação concreta e a regra do ônus da prova, e quando ainda não convencido ter condições para proferir sua decisão, entregando assim a prestação jurisdicional.

2 SITUAÇÕES EM QUE DEVE SER MINIMIZADA A TÉCNICA PREVISTA NO ART. 333, DO CPC, PARA QUE SE ALCANCE O IDEAL DE JUSTIÇA

Ocorre que há situações em que a técnica prevista no art. 333, do CPC, deve ser minimizada para que se alcance o ideal de justiça. Para Vicente Higinio Neto (2010, p. 78):

O art. 333, do CPC, não consegue mais satisfazer às exigências de um Estado Democrático e Social de Direito, sustentado pelo regime republicano; pelo princípio da igualdade substancial; pela imperiosa noção dos escopos a que a prestação jurisdicional está adstrita; pela noção de equilíbrio entre princípios dispositivo e inquisitivo e da instrumentalidade do processo para a concretização de direitos e deveres constitucionais fundamentais e resultaram na necessidade da ampliação dos poderes do juiz, exigindo-lhe que deixasse de ser mero expectador no processo para ter participação ativa, determinando provas de ofício que melhor lhe permitisse julgamentos justos.

Por sua vez, Marinoni e Arenhart (2008, p. 268) asseveram, ainda, que, nesta fase de convencimento, e, portanto, antes de chegar a uma eventual dúvida, o Juiz deve considerar não só a natureza dos fatos em discussão e a quem incumbe a sua prova, mas também a natureza da situação concreta a ele levada para julgamento.

Pois bem, há certas situações em que a omissão probatória das partes seria capaz de comprometer direitos sobre os quais elas não têm disponibilidade alguma, ou não tem toda disponibilidade, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 52) traz o exemplo da hipossuficiência.

Com efeito, existem várias formas de manifestação de hipossuficiência que devem ser consideradas no processo, para que o juiz alcance, ou, pelo menos tente alcançar o ideal de justiça, que serão pontuadas doravante.

2.1 Hipossuficiência prevista em lei - Código de Defesa do Consumidor

A primeira a ser considerada foi denominada como hipossuficiência prevista em lei, ou seja, aquela em que o próprio legislador impõe ao julgador o dever de inverter o ônus da prova, como ocorre nos casos de demandas envolvendo consumidores.

O art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, contempla essa hipossuficiência. Pontua-se, segundo a lição Rogerio de Oliveira Souza, que essa tem relação direta com as condições pessoais da parte consumidora, devendo ser perquirida junto às suas próprias condições de vida, ou seja, situação social, econômica e cultural e sua investigação se desenvolvem dentro do processo, podendo daí dá a direção ao juiz para o deferimento da inversão da carga probatória processual.

Pois bem, a hipossuficiência do consumidor que enseja a inversão da regra prevista no art. 333, do CPC, pelo magistrado, não deve ocorrer em qualquer situação.

Regra geral, segundo o mesmo autor acima referido, só ocorre quando a parte consumidora é assistida por profissional de baixa qualificação ou mal qualificado para o exercício de seu mister proporcionando a apresentação deficiente ou inaproveitável da demanda judicial (CPC, 295), desincumbindo-se de maneira desidiosa ou imperita sobre os elementos do processo (partes, pedido, provas, recursos), ensejando uma assistência jurídica imperfeita para os fins de proteção da parte assistida, é por isso também que se correlaciona com a hipossuficiência econômica e técnica da parte consumidora, aquela que

nasce das parcas condições sócio-econômica do consumidor para prover os meios necessários à aquisição e produção das provas de seu interesse.

Nessa esteira tem o juiz o dever de ofício de reconhecer o direito à inversão do ônus da prova, mesmo que não requerido, posto que seja um “direito básico do consumidor”, que, no caso, se apresenta como “a facilitação da defesa de seus direitos” (Lei do Consumidor, art. 6º, VIII).

Outra peculiaridade cuja presença deve o juiz analisar, para o fim de inverter o ônus da prova, é a hipossuficiência de informação ou técnica. Esta também voltada para as próprias condições pessoais da parte que não avalia o que seja relevante para a defesa de seus interesses, não compreendendo o valor deste ou daquele documento, da identificação de pessoas habilitadas a prestarem depoimentos em juízo, a carência de identificação de locais e situações que forneçam elementos de prova, a falta de cuidado na preservação de objetos de prova (v.g., documentos, prontuários, receitas, bens móveis, etc.).

Tal deficiência gera evidentes dificuldades para o profissional encarregado de sua defesa, podendo, inclusive, conduzir à formulação de estratégia errada e fadada ao insucesso. A hipossuficiência técnica tem relação direta com a capacidade individual da parte consumidora - cultural e social - em prover informações de cunho relevante ao processo, gerando incerteza quanto ao reconhecimento do direito pleiteado.

Esta que se apresenta como consequência inarredável das próprias condições econômicas a que se sujeita a parte consumidora em sua vida de relação, impossibilitando-a de adquirir conhecimentos mínimos sobre o direito que pleiteia. (Código do Consumidor, art. 4º).

2.2 Hipossuficiência econômica, social e cultural

Outra situação em que a técnica de julgamento da inversão do ônus deve ser minimizada ocorre quando o juiz vislumbrar no processo a existência de desigualdades sociais, econômicas e culturais demonstrada por uma das partes, o que indica que está em condições amplamente desfavorável, sendo, pois, hipossuficiente econômico, social e cultural, e que isso causará um desequilíbrio tal no processo que poderá desencadear um resultado injusto, a não ser que haja uma intervenção, mesmo que tênue, do magistrado.

Cândido Rangel Dinamarco (2008, p.52-53) discorre sobre a situação acima descrita, asseverando:

as *desigualdades sociais, econômicas e culturais* são capazes, quando incontroladas, de conduzir o processo à produção de resultados retorcidos em razão de insuficiências probatórias, resultantes das desídias daquele que não se defendeu melhor porque não pode; e por expressa determinação legal, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurando aos litigantes a *paridade em armas* que o princípio isonômico exige (CPC art. 125, inc. I). Para esse fim e para a efetividade da garantia constitucional da ampla defesa, há situações em que a intervenção do juiz na busca e produção de meios de prova se mostra vital. Sua intervenção é importante, ainda, quando as partes se valem do processo com o objetivo de obter resultados ilegais (CPC art. 17, III) como a fraude à lei ou embuste a terceiros.

A título de exemplo, destaca-se uma lide envolvendo direito de propriedade entre um camponês e um grande latifundiário, em que esse último apresenta-se muito bem assistido, jurídica e economicamente; em posição diametralmente oposta à do camponês. E, ao final da instrução, o magistrado percebe que não foi produzida uma prova importante que era ônus do camponês produzir.

Se o magistrado se conformar apenas com a justiça processual, pode simplesmente invocar a regra da inversão do ônus da prova, para julgar a lide; contudo, em busca de um ideal de justiça, pode determinar, de ofício, a produção dessa prova. Isso não implica em dizer que o juiz estará se descuidando de sua imparcialidade. Trata-se, sim, da busca da realização de um ideal de justiça, com a materialização do princípio da igualdade, ao tratar desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade.

Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 52/54) afirma, ainda, contundentemente que:

A fórmula do desejável compromisso de equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo consiste em prosseguir reconhecendo a estática judicial como norma geral, mas mandar que o juiz tome iniciativas probatórias em certos casos (...) Como nas relações do direito de família, de modo geral regido por fundamento de ordem pública relacionados com as repercussões que o resultado do processo pode projetar na própria estrutura da sociedade. Assim são também as relações de massa, envolvendo comunidades ou grupos mais ou menos amplos o que também tem por consequência as repercussões *erga omnes* ou ao menos *ultra partes* daquilo que vier a ser julgado, como sucede nas causas relacionadas ao meio ambiente, valores culturais ou históricos, consumidores (CDC, art. 103) etc. alias em qualquer espécie, quando se percebe e que a omissão é fruto da pobreza, de deficiências culturais das partes ou da insuficiência do patrocínio que lhe está ao alcance, especialmente em casos de assistência judiciária etc.

De modo geral, o juiz tem também esse dever, sempre que os próprios elementos de prova já produzidos evidenciem ou insinuem, de modo idôneo, a existência de outros pontos inexplorados pelas partes e relevantes para o bom julgamento da causa (testemunha referida, requisição de documentos, perícias que venham a mostrar-se indispensáveis, inspeções judiciais, etc.) novas diligências determinadas pelo juiz nessas circunstâncias são genericamente autorizadas pelo art. 130 do CPC e concorrem para o correto exercício da própria função jurisdicional.

Cândido Rangel Dinamarco,(2008, p.55) chega a enfatizar que “em ações de investigação de paternidade chega a ser absurda a imobilidade do juiz que deixe de determinar a realização da prova biológica por não haver o autor feito requerimento nesse sentido (DNA)”.

2.3 Em casos em que a natureza do direito material deduzida em juízo demonstra a necessidade de o juiz utilizar a técnica de verossimilhança

Na ordem do texto legal, vislumbra-se que quando há situação de direito substancial que se exige que o convencimento judicial possa se formar a partir da verossimilhança do direito sustentado pelo autor, como, por exemplo, no caso das chamadas lesões pré-natais, não há racionalidade em exigir do autor, para a procedência da ação ressarcitória, a prova de que a doença do recém nascido deriva do acidente que a sua mãe sofreu quando em gestação, não há que se falar em estado de dúvida, ao final da instrução processual, e sim de estar convicto com a verossimilhança do alegado. É como lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2008, p. 268).

A regra do ônus da prova passa a considerar a convicção diante do caso concreto, e continuam os mesmo processualistas (2008, p. 277): “Essa convicção da verossimilhança nada mais é do que convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova”.

Ora, como já fartamente questionado, para que se aplique o art. 333 do CPC, o juiz tem que está em estado de dúvida, e concluído que o fato constitutivo é insuscetível de elucidação posto que colhida todas as provas apresentadas pelas partes dentro do processo, após o despacho saneador, antes mesmo do julgamento da lide, e concluído pela hipossuficiência da prova.

Para que o juiz determine a inversão do ônus da prova com base na verossimilhança, ou ainda para se fundar na idéia da verossimilhança, deve

formar ao menos a convicção de verossimilhança, esta que apesar de constituir pressuposto para julgamento, só pode ser demonstrada na motivação da sentença, ocasião em que o juiz justifica a decisão.

Portanto, legítima a inversão do ônus da prova, com base na verossimilhança ou com base na hipossuficiência ou mesmo na simples aplicação do art. 333, mas, requer análise da motivação. Assim, se os argumentos utilizados para a análise da existência de uma presunção ou de uma regra de experiência, ou a ausência de prova ou de sua impossibilidade não forem adequados para justificar uma ou outra ou ainda, se a motivação incidir em falta de coerência lógica em relação aos critérios utilizados para demonstrar a convicção, a dúvida ou a falta de clareza, a decisão carecerá de legitimidade. É o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2008, p. 279).

Vale lembrar e observar a expressa autorização do Código de Processo Civil de que na ação cautelar o autor ao fazer a “exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão” (art. 801, IV) “que o juiz deve se convencer da “verossimilhança da alegação” (art. 273, caput); e ainda, que “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu” art. 461, § 3º. Nessa linha permite-se que o juiz decida com base em parcela das provas a serem produzidas pelas partes, diz-se cognição sumária, características estas, das tutelas cautelares e das tutelas antecipatórias, posto que limita a participação das partes e ainda viabiliza a decisão do juiz, fazendo o juiz se contentar com probabilidade ou verossimilhança, porém não limitam a prova a uma determinada espécie.

“Mas o juiz ainda que deva, no mais comum dos casos, sentenciar o processo como uma convicção da verdade, pode excepcionalmente, sentenciar com base em convicção de verossimilhança”, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2008, p. 465) e listam vários exemplos de casos não taxativos: enfermidades profissionais: acidentes de trabalho, lesões pré-natais refugiados e vítimas do nazismo, casos de seguros, trabalho perigoso, trabalho escravo, proteção do trabalhador contra despedida, recusa ao serviço militar por razões de consciência, responsabilidade objetiva, infrações a determinados deveres, posto que os casos devem formar um campo, que diante de sua natureza, apresentam dificuldade de ser esclarecido.

Ademais o direito material adverte que, nos casos acima referidos, as dificuldades das provas não devem ser suportadas pela vítima.

Marinone cita Walber, ao lembrar que os tribunais alemães reduzem o módulo de prova nas decisões em que a apuração dos fatos resulta em especiais dificuldades. E, ao apontar para as indenizações pagas às vítimas do regime nacional socialista e aos refugiados, e ainda, para os casos em que, por razões de consciência, a pessoa se nega a prestar o serviço militar, afirma que diante da diversidade dos casos que se deve solucionar e dos fatos que se deve esclarecer, e, sobretudo levando-se em consideração as conseqüências que as decisões acarretam, não há em insistir em um módulo da prova unitário (Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2008, p. 469).

3 CONCLUSÃO

Pelo exposto, depreende-se que pela nova feição do processo moderno, exigiu-se do interprete e do aplicador das normas do processo atenção necessária e compatível com o sentido da nova ordem constitucional, em tudo que diga respeito à composição dos conflitos deduzidos em juízo.

Vislumbra-se que, sob o enfoque do Processo Civil moderno, o Juiz está se desvencilhando do seu papel de mero expectador, e assumindo o de realizador de nossa Constituição Federal, notadamente do princípio da isonomia, pois deve tratar desigualmente os desiguais, e da dignidade da pessoa humana, e dentro da iniciativa probatória, visando a rechaçar uma lacuna no convencimento judicial, deixada em razão de uma das partes não ter se desincumbido de provar o que lhe competia.

Essa iniciativa probatória, conseqüentemente, enseja a minimização da técnica prevista no art. 333, do CPC, e não viola a imparcialidade que o juiz deve ter. É a participação ativa do juiz dentro do processo por meio de sua iniciativa instrutória, contrapondo-se ao princípio dispositivo e à grande parte da doutrina, visto que é uma exigência dentro da nova ordem pública no sentido de que os conflitos sejam solucionados na plenitude e com justiça.

Mas, tal participação não é ilimitada, pois encontra freio nos elementos objetivos do princípio da demanda, como também na obrigatoriedade da fundamentação do ato judicial e a submissão das partes ao crivo do contraditório.

Daí que as regras pertinentes às técnicas da inversão do ônus da prova não servem como argumento para impedir a atividade probatória do juiz, que é livre para produzir o que julgue necessário para seu convencimento e deslinde da causa, com o desiderato de tentar alcançar o ideal de justiça.

Tais técnicas são tão importantes no processo civil dispositivo, porque produz o efeito de que as partes participem ativamente do processo mediante o contraditório processual, porque estas sabem quais as consequências das suas omissões, o *ônus probandi* passa a ser uma motivação às partes litigantes a participarem da instrução probatória segundo seus próprios interesses, com vistas a defender suas pretensões através do processo justo, posto que o mesmo funciona como regra de decisão, quando o juiz não forma seu convencimento, ou em outras palavras, fica em estado de dúvida.

Verificou-se, também, que há situações em que o direito material alegado por uma das partes é de difícil, onerosa ou mesmo impossível demonstração pela mesma. Já para a parte adversa não existem tantos óbices dificultando a produção da prova imprescindível ao deslinde da causa, “sub judice”, por essa razão a doutrina contemporânea vem pugnando pela flexibilização destas regras de distribuição do ônus da prova no sentido de permitir ao juiz que, deparando-se como nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, motivadamente, decida por adequar a regra da distribuição do ônus da prova ao caso concreto, determinando que este ônus recaia sobre a parte que dispuser das melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento.

Além disso, verificou-se no decorrer da pesquisa que as *desigualdades sociais, econômicas e culturais* são capazes, quando incontroladas, de conduzir o processo à produção de resultados retorcidos em razão de insuficiências probatórias, resultantes das desídias daquele que não se defendeu melhor porque não pode. E, em atenção ao preceito constitucional da isonomia e por expressa determinação legal, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurando aos litigantes a *paridade em armas* que o princípio isonômico exige (CPC art. 125, inc. I).

A redução das exigências de provas também foi recepcionada pela nova ordem, eis que, o juiz ainda que deva, no mais comum dos casos, sentenciar o processo como uma convicção da verdade, pode excepcionalmente, sentenciar com base em convicção da verossimilhança.

Pela amplitude do tema, concluiu-se que a função do juiz, sem anular a dos litigantes, é cada vez mais valorizada pelo princípio inquisitivo, mormente no campo da investigação probatória e na persecução da verdade real, sem, contudo deixar que sua imparcialidade seja violada, garantindo decisões justas e equilibradas, e assim um judiciário forte e respeitado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura. *A Teoria Dinâmica de Distribuição do ônus da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jusvi.com.br/revista/10264/a-teoria-dinamica-de-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 08 ago. 20102.

BARREIROS, Otacílio José. *O Papel do Juiz no Processo Civil Moderno*. Disponível em: <www.justitia.com.br/artigos/2w2a27.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev e atual. v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituição do Direito Processual Civil*. 6. ed. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento*. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOPES, João Batista. *A Prova no direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 24/62 (capítulos de 2 a 9). Material da 1ª aula da disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no curso de pós-Graduação lato sensu televirtual em Direito Processual Civil- IBDP e Anhnaguera-UNIDERP/REDE LFG.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil Processo de Conhecimento*. 7. ed. rev e atual. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Juiz e a Prova*. Revista de Processo, n. 35, ano 9, p. 178-184, abr.-jun. 1984. Material da 2ª aula da disciplina Prova. Sentença e Coisa Julgada, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Processual Civil- IBDP e Anhnaguera-UNIDERP/REDE LFG.

NALINI, Renato. *O Juiz e o Acesso a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NETO, Vicente Higino. *Ônus da Prova. Teoria da Redução do Módulo da prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas*. Curitiba: Juruá, 2010.

OLIVEIRA, Fernanda Emikaele Diniz; LUCENA, WêniaSharles de Moraes. *Atividade Instrutória do Magistrado, Imparcialidade e Igualdade Processual*. Disponível em: <<http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista/deste/artche/viewFile/150/160>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

PEREIRA, Rafael Caselli. *A Compatibilidade do Princípio Dispositivo e o da imparcialidade com a Iniciativa Probatória do Juiz*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27425/4>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

SOUZA, Rogerio de Oliveira. *Hipossuficiência*. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_cons/hipossuficiencia.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. *Introdução à Teoria Geral da Prova*. Material da 1ª aula da disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no curso de pós-Graduação lato sensu televirtual em Direito Processual Civil- IBDP e Anhnaguera-UNIDERP/REDE LFG.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Prova – Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – Ônus da Prova e sua Eventual Inversão – Provas Ilícita – Prova e Coisa Julgada nas Ações Relativas à Paternidade (dna)*. Disponível em: <www.gontijo.familia.adv.br/2008/artigos-pdf/Humberto/Prova.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2012.

DIREITOS HUMANOS, UNIVERSALISMO E RELATIVISMO: OS AVANÇOS DE UMA NOVA ABORDAGEM

Márcio Silva Maués de Faria¹

RESUMO: A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagrou o universalismo dos direitos humanos, no que foi seguida pelos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Entretanto, ao mesmo tempo que a proteção da dignidade é estendida a todos os homens, garante-se o respeito à diversidade cultural, originando a questão universalismo *versus* relativismo cultural. Com fundamento nos princípios estabelecidos na Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, e de tolerância, estabelecidos na Declaração da UNESCO de 1995, a questão pode ser resolvida mediante a adoção de uma postura ativa e consentânea com os direitos e liberdades consagrados nos documentos analisados, adotando-se um novo olhar sobre as diferenças que possibilitem a integração, o diálogo e a convivência harmônica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Universalismo. Relativismo. Tolerância.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O MUNDO PÓS-GUERRA E A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. 3 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. 4 OS PACTOS DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. 5 A DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS PERTENCENTES A MINORIAS NACIONAIS OU ÉTNICAS, RELIGIOSAS E LINGUÍSTICAS E A DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE TOLERÂNCIA – TOLERÂNCIA *VERSUS* INDIFERENÇA. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Promotor de Justiça. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará.

1 INTRODUÇÃO

A consagração dos direitos humanos no âmbito do direito internacional, em especial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tem ensejado intenso debate acerca do alcance dos direitos estabelecidos. Por um lado, a doutrina da titularidade universal dos direitos elencados na Declaração encontra fundamento no preâmbulo e nos dispositivos iniciais da Declaração, e é posição majoritária entre os estudiosos.

Entretanto, em que pese essa opção pela universalização dos direitos, a própria declaração, assim como os pactos de 1966, observou a necessidade de respeitar as diversidades culturais criando assim um impasse entre o universalismo e o relativismo dos direitos humanos, sobretudo nesta época de intensa globalização e circulação de pessoas das mais diferentes origens e culturas.

O presente texto pretende contribuir para o debate, analisando o contexto histórico e as normas referentes na Carta das Nações, na Declaração Universal dos Direitos Humanos nos Pactos de Direitos Cíveis e Políticos e sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e cotejando com a Declaração de Princípios da Tolerância, publicada pela UNESCO, em 1995.

Ao final, propõe-se um novo olhar sobre a questão, que se proponha a respeitar as diferenças pela integração e pelo diálogo, acolhendo a tolerância sem a indiferença, e sem relativizar direitos humanos fundamentais para o resguardo da dignidade humana.

2 O MUNDO PÓS-GUERRA E A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Fábio Konder Comparato² anota que a 2^a. guerra mundial foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos. Demais, o ato final da tragédia – o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente, soou como um prenúncio de apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra. (...) As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana.

² COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 210.

O fim do segundo grande conflito que abalou o mundo marcou o início de um movimento internacional para a consagração dos direitos humanos, sendo a Carta das Nações Unidas, promulgada em 1945, um marco fundamental desse processo que permanece inacabado.

O momento era propício. Nesse período ocorreu uma significativa criação e expansão de organizações com propósitos de cooperação internacional, inclusive a Organização das Nações Unidas³ e suas agências especializadas, cujas principais aspirações eram evitar a guerra e manter a paz e a segurança internacional.

Como anota Flávia Piovesan⁴, *a Carta das Nações Unidas de 1945 consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que eleva a promoção desses direitos a propósitos e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do direito internacional.*

Esse documento, reflexivo do pensamento hegemônico da ocasião, pretendeu estabelecer diretrizes para uma convivência pacífica e cooperativa entre os povos, abrindo o caminho para a universalização dos direitos humanos, constando no preâmbulo:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

A preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas,

e
A estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos,

A promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla,

E PARA TAIS FINS

Praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum,

³ A Carta de Fundação das Nações foi assinada por 51 países em 26 de junho de 1945, ao término da Conferência de São Francisco.

⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2006, pág. 128.

A empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos [...]. (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Dentre os propósitos declarados nas Nações Unidas ficou estabelecido: *desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direito e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal (artigo 1º. 2); conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (art. 1º. 3).*

É possível afirmar que a concepção da Carta marca uma dualidade: ela defende os direitos individuais e as liberdades (artigos 13 e 55)⁵, atendendo claramente perspectivas liberais já consagradas, porém não olvida a promoção do progresso social e econômico dos povos. Isso gerou o debate de como promover e defender os direitos individuais e simultaneamente os direitos sociais, e ainda conciliar essa atuação de forma pacífica com os princípios da não intervenção e da autodeterminação dos povos.

O viés social da Carta deu origem à criação do Conselho Econômico e Social, órgão incumbido de favorecer, entre os povos, níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social. Em 1946 esse Conselho aprovou o estatuto da Comissão de Direitos Humanos, composta por 54 Estados com mandato de dois anos, com as funções de promoção e de proteção da dignidade humana, e que trabalharia na elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e dos Pactos Internacionais de 1966.⁶

⁵ A Assembleia-Geral iniciará estudos e fará recomendações destinadas a: (...) Promover cooperação internacional nos terrenos econômicos, social, cultural, educacional e sanitário, e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, língua ou religião. Art. 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) Níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, Art. 13-1, Alínea b).

⁶ A atuação da Comissão de Direitos Humanos da ONU é regulada pelas Resoluções de números 1235/1967 e 1503/1970, ambas do Conselho Econômico e Social da entidade.

O caminho para a formalização de documentos internacionais de consagração, proteção e promoção de direitos humanos começava a ser bem pavimentado, porém, como observa Valério de Oliveira Mazzuoli⁷, apesar da incontestável importância, a Carta não definiu o conteúdo das expressões “direitos humanos” e as “liberdades fundamentais” às quais pretendia defender e promover. Ainda assim, o documento contribuiu, com os seus preceitos, de forma pioneira, para a universalização dos direitos da pessoa humana, na medida em que reconheceu que o assunto é de legítimo interesse internacional, não mais estando adstrito tão-somente à jurisdição doméstica dos Estados. Estes, ao ratificarem a Carta, - que é um tratado multilateral aberto – reconhecem que têm obrigações relativas à proteção e promoção dos direitos humanos, tanto em relação a si mesmos (e, obviamente, aos indivíduos que habitam seus territórios, quanto em relação a outros Estados).

Mazzuoli informa que essas definições somente viriam com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que precisou o elenco dos “direitos humanos e liberdades fundamentais” a que se referem os artigos 1º, §3, 13, 55, 56, 62, 68 (este com referência somente aos direitos humanos), e 76 da Carta. É como se a declaração, ao fixar um código ético universal na defesa e proteção dos direitos humanos, preenchesse as lacunas da Carta da ONU nesta seara, complementando-lhe e dando novo vigor relativamente à obrigação legal de proteção desses mesmos direitos, obrigação esta também constante da Carta das Nações Unidas.⁸

3 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU no dia 10 de dezembro de 1948, em Paris, com 48 votos a favor e oito abstenções (Ucrânia, Polônia, Iugoslávia, URSS, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, União Sul-Africana e Tcheco-Eslováquia). O seu fundamento é a dignidade da **pessoa humana**, e as principais características atribuídas aos direitos humanos, então definidos, são a **universalidade** e a **indivisibilidade**.

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores

⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 710.

⁸ CF. Flávia Piovesan, op. cit. pág. 129.

básicos universais. Desde o seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁹

José Damião de Lima Trindade¹⁰ faz uma análise crítica do texto, contextualizando-o no mundo pós-guerra e nos interesses em disputa no momento:

O cerne da Declaração de 1948 consiste no reconhecimento de que compõe o âmbito dos Direitos Humanos todas as dimensões que disserem respeito à vida com dignidade – portanto, em direito, deixam de fazer sentido qualquer contradição, ou hierarquia, ou “sucessão” cronológica ou supostamente lógica, entre valores da liberdade (direitos civis e políticos) e da igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais). Sob o olhar jurídico, os direitos humanos passaram a configurar uma unidade universal, indivisível, interdependente, e inter-relacionada.

Apesar do evidente desequilíbrio entre os conjuntos de enunciados da declaração – vinte artigos sobre direitos civis e políticos, e apenas seis sobre direitos sociais –, foi, certamente, um processo que os direitos econômicos, sociais e culturais tivessem sido, finalmente, admitidos no solene rol dos direitos humanos pela ‘comunidade internacional’. É claro que isso não se tornou sinônimo de coexistência pacífica entre as duas óticas incidentes na declaração: a liberal e a socialista. Produzido no contexto da correlação mundial de forças do pós-guerra, esse documento enceta uma conciliação formal (isto é, normativa), entre essas duas visões de mundo. Mas o mundo prático, onde ele deveria ser aplicado, além de seguir dividido em classes sociais, com interesses contraditórios entre si, estava também cindido, entre países de regime sócio-econômicos divergentes em disputa. Os desdobramentos logo deixariam isso claro. (TRINDADE, 2011, p. 193).

Na leitura de Celso D. de Albuquerque Mello, o defeito do documento consiste na sua concentração nos direitos civis e políticos, insertos na tradição do liberalismo ocidental, apenas marginalmente mencionando os direitos

⁹ Cf. Flávia Piovesan, op. Cit., pág. 131.

¹⁰ TRINDADE, José Damião de Lima. História Social dos Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo : Peirópolis, 2011. p. 193/194.

econômicos e sociais que vinham sendo reivindicados desde o século XIX pelas mais diferentes correntes do socialismo.¹¹ Para Mello, entretanto, os direitos econômicos, sociais e culturais são verdadeiros direitos humanos, no sentido pleno da expressão, e indivisíveis. A mais, sua negativa seria falta de realismo, já que a sociedade internacional através da ONU sustenta essa posição.¹²

Com efeito, a Declaração Universal de 1948 consagrou a universalidade dos direitos humanos e representa a culminância de um processo ético iniciado com a Declaração da Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, tal qual está previsto no art. 2º. Esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade¹³.

Dentre os direitos consagrados, merece destaque o estabelecimento de um princípio de igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, em contraposição a uma mera igualdade perante a lei, sua consequência. Em análise a essa *igualdade essencial*, Comparato, afirma que o pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas. Não é outro o pensamento de Hannah Arendt¹⁴, quando reflete que a privação de todas as qualidades concretas do ser humano, isto é, de tudo aquilo que forma a sua identidade nacional e cultural, tornam-no uma frágil e ridícula abstração. A dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito.

¹¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 14. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2002. p. 842.

¹² OP. Cit., pág. 834.

¹³ CF. Fábio Konder Comparato. Op cit., p. 225.

¹⁴ ARENDT, Hannah. As Origens do Totalitarismo. Harcourt Brace e Company. p. 298 e ss.

É possível verificar, com clareza, também a inspiração ética do imperativo categórico de Kant, de vedação da instrumentalização do ser humano.¹⁵

O preâmbulo da Declaração está assim redigido:

A ASSEMBÉIA GERAL PROCLAMA

A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações e como o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, que, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover **o respeito a esses direitos e liberdades**, e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância **universais e efetivos**, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Diz o artigo 1º. que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. No artigo 2º. 1: Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de qualquer outra natureza, origem, nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra distinção. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

A leitura do texto é bastante clara pela consagração do universalismo – todos os homens, sem distinção de qualquer natureza, gozarão dos direitos e liberdades previstos na declaração.

¹⁵ Fábio Konder Comparato sobre o imperativo categórico de Kant: O imperativo categórico é o supremo princípio da moralidade. Enquanto os imperativos hipotéticos são necessariamente condicionais – se quiseres tal resultado, deves agir de tal modo –, o imperativo categórico é incondicional e, portanto, válido em todos os tempos e em todos os lugares. Ele comanda não diretamente as ações humanas, mas as máximas ou representações subjetivas do dever, as quais nascem em todas as consciências. De onde ele assim se formula: “Age unicamente segundo a máxima pela qual tu podes querer, ao mesmo tempo, que ela se torne uma lei universal”. (...) Kant passa a desenvolver um raciocínio da mais alta relevância para a orientação da vida humana, em qualquer circunstância. Toda vontade, diz ele, dirige-se a um fim. Ora, o homem é o único ser no mundo que se apresenta, aos seus próprios olhos, como um fim em si mesmo. Todos os demais entes, ao contrário, podem ser, de alguma forma, utilizados como meio ou instrumento para a consecução de finalidades de outrem. De onde poder-se formular o imperativo categórico também nos seguintes termos: “Age de forma a tratar a humanidade, não só em tua própria pessoa, mas na pessoa de qualquer outro, ao mesmo tempo como uma finalidade e jamais simplesmente como um meio”. Comparato, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. – São Paulo : Companhia das Letras, 2006, págs. 296-297.

4 OS PACTOS DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Em 1966 foi dado cumprimento à segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos do homem em âmbito universal, com os pactos de direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.

Anotamos a reafirmação da dignidade humana como vetor das Nações Unidas, conforme artigos 2º. e 3º. do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos, que em conjunto com o artigo 26 do mesmo documento, assentam o princípio da igualdade essencial de todos os seres humanos, na sua comum dignidade de pessoas, igualdade essa que constitui o fundamento último dos direitos do homem. Trata-se de direitos comuns a todos os seres humanos, a despeito das diferenças que possam entre eles existir.¹⁶

Disposição de grande importância está assentada no artigo 5º., segundo o qual, *nenhuma disposição do pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas (1); e não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte do presente pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau (2).*

Segundo Comparato, esses dispositivos assentam dois princípios que reconhecem o limite intrínseco da liberdade, consistente no impedimento de agir contra os direitos humanos de forma a destruí-los praticamente, ou a impor-lhes restrições mais amplas que as já previstas no direito vigente, e da prevalência da norma mais favorável à pessoa humana, em caso de não concordância de normas sobre o mesmo objeto.¹⁷

Quanto ao tema em debate, merece referência o artigo 18: *Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esses direitos implicarão a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino (1); Ninguém poderá ser submetido*

¹⁶ Fábio Konder Comparato. Op. Cit. Pág. 285.

¹⁷ Op. Cit. p. 289.

a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha (2); A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas (3); Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções (4).

E ainda: nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua (artigo 27).

Ao mesmo tempo em que consagram a universalidade dos direitos humanos, as disposições contidas nos documentos examinados garantem o respeito às minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, cerne do debate universalismo x relativismo dos direitos humanos.

No mesmo passo, em 18 dezembro de 1992 a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais, ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas, e em 1995, por meio da UNESCO, a declaração de Princípios de Tolerância, a seguir analisada.

5 A DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS PERTENCENTES A MINORIAS NACIONAIS OU ÉTNICAS, RELIGIOSAS E LINGUÍSTICAS E A DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE TOLERÂNCIA - TOLERÂNCIA *VERSUS* INDIFERENÇA

Como objetivo para promoção dos direitos da minorias, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, determina que os Estados deverão proteger a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias no âmbito dos seus respectivos territórios e deverão fomentar a criação das condições necessárias à promoção dessa identidade, mediante a adoção de medidas adequadas, legislativas ou de outro tipo, para atingir estes objetivos.

Nos termos da Declaração (art. 2º.), as pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas (doravante denominadas

“pessoas pertencentes a minorias”) têm o direito de fruir a sua própria cultura, de professar e praticar a sua própria religião, e de utilizar a sua própria língua, em privado e em público, livremente e sem interferência ou qualquer forma de discriminação. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de participar efetivamente na vida cultural, religiosa, social, econômica e pública.

Entretanto, ao mesmo tempo em que a Declaração impõe aos Estados a adoção de medidas para integrar as minorias na vida social, política e econômica, e estabelece a obrigatoriedade de respeito às diferenças, firma limites. Consoante o artigo 8º., nenhuma disposição da Declaração deverá impedir o cumprimento das obrigações internacionais dos Estados relativamente às pessoas pertencentes a minorias. Em particular, os Estados deverão cumprir de boa-fé as obrigações e compromissos assumidos em virtude dos tratados e acordos internacionais de que sejam partes (1). O exercício dos direitos consagrados na Declaração não deverá prejudicar o gozo por todas as pessoas dos direitos humanos e liberdades fundamentais universalmente reconhecidos (2). As medidas adoptadas pelos Estados a fim de garantir o gozo efetivo dos direitos consagrados na presente Declaração não deverão ser consideradas *prima facie* como contrárias ao princípio da igualdade enunciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (3).

Aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 28ª reunião, Paris, 16 de novembro de 1995, a Declaração de Princípios da Tolerância traz importantes conceitos. Para os fins que adota, tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. É a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.

A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. É, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais, e deve ser praticada pelos indivíduos, pelos grupos e pelo Estado.

Se trata do sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito. Implica a rejeição do dogmatismo e do absolutismo e fortalece as normas enunciadas nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos.

Em consonância ao respeito dos direitos humanos, praticar a tolerância não significa tolerar a injustiça social, nem renunciar às próprias convicções, nem fazer concessões a respeito. A prática da tolerância significa que toda pessoa tem a livre escolha de suas convicções e aceita que o outro desfrute da mesma liberdade. Significa aceitar o fato de que os seres humanos, que se caracterizam naturalmente pela diversidade de seu aspecto físico, de sua situação, de seu modo de expressar-se, de seus comportamentos e de seus valores, têm o direito de viver em paz e de ser tais como são. Significa também que ninguém deve impor suas opiniões a outrem.

O debate acerca do universalismo versus relativismo dos direitos humanos, sem dúvidas, ganha novo prisma quando compreendido o real alcance do sentido de *tolerância*, que ao lado da *dignidade humana*, funcionam como elementos-chave para solução de controvérsias e dos impasses atuais.

O ideal é um meio termo para a harmonização de interesses como consecução dos direitos humanos, proteção de minorias, biodiversidade, culturas, conhecimentos tradicionais. Um *universalismo de chegada* ou *confluência* é o que propõe Joaquim Herrera Flores, que se posiciona contrário a um universalismo que pretenda se adaptar a toda realidade. Trata-se, em outros termos, de um universalismo que não se impõe, de um ou outro modo, à existência e à convivência interpessoal e intercultural.¹⁸ Flores propõe um tipo de prática, nem universalista e nem multicultural, mas *intercultural*. Toda prática cultural é, em primeiro lugar, um sistema de superposições entrelaçadas, não meramente superpostas. Esses entrecruzamentos nos conduzem até uma prática dos direitos, inserindo-os em seus contextos, vinculando-os aos espaços e às possibilidades de luta pela hegemonia e em estreita conexão com outras formas culturais, de vida, de ação, etc.¹⁹

O intercâmbio, o diálogo, a troca de experiências e sobretudo a alteridade se impõem como manifestação da tolerância indicada na convenção da UNESCO. Como bem explicitado, tolerância e respeito às culturas não significa a indulgência, o desprezo; não representa a inferiorização daqueles

¹⁸ FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade da Resistência. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 375.

¹⁹ Op. Cit. p. 377/378.

que se encontram do outro lado do *abismo*: a instituição de um pensamento pós-abissal, como proposto por Boaventura de Sousa Santos, se revela um caminho adequado para encontrarmos soluções a dilemas tão complexos resultantes dessa convivência imposta.²⁰

Santos revela uma cartografia moderna dual nos âmbitos epistemológico e jurídico. Uma profunda dualidade do pensamento abissal e a incomensurabilidade entre os termos da dualidade foram implementadas por meio das poderosas bases institucionais – universidades, centros de pesquisa, escolas de direito e profissões jurídicas – e das sofisticadas linguagens técnicas da ciência e da jurisprudência. O outro lado da linha abissal é um universo que se estende para além da legalidade e da ilegalidade e para além da verdade e da falsidade. Juntas, essas formas de negação radical produzem uma ausência radical: a ausência de humanidade, a subumanidade moderna.²¹

É do outro lado do abismo que estão as minorias étnicas e religiosas, os imigrantes ilegais, os condenados, os miseráveis. A separação é rompida fisicamente, porém, o pensamento permanece, impedindo uma real aplicação dos direitos humanos mediante a negação da sua existência.

A indiferença reside no fechar dos olhos ao problema das massas encarceradas em condições subumanas, aos miseráveis, os imigrantes ilegais, às crianças vitimizadas, às mulheres agredidas, à destruição de sítios indígenas, etc. A superação dessa indiferença representa a possibilidade de usufruir algo que de melhor a humanidade pode nos oferecer: as múltiplas formas de conhecimento.

A planificação da cultura de direitos humanos, tal como presente em discursos do “desenvolvimento”, e como condição para que os países subdesenvolvidos deixem os *status* de inferiores, nada mais representa que outra forma de dominação mediante tríplice acepção: cultural, política e econômica.

Ao longo da história diversas intervenções bélicas foram justificadas por discursos “humanitários” porém com reais finalidades econômicas e de dominação. Por outro lado, diversas sociedades mantêm práticas francamente violadoras dos mais basilares direitos humanos, e por não representarem interesses econômicos, não são meramente repreendidos no âmbito internacional, ou se o são, nenhuma consequência prática tal admoestação representa.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo. n. 79, p. 71-94, nov. 2007.

²¹ Op. Cit., p. 76.

O universalismo “absoluto”, aquele que esmaga as práticas locais em prol do estabelecimento de um padrão “ocidental de humanidade”, não dará as respostas às questões éticas fundamentais que nos defrontamos, decorrentes dos paradoxos impostos pela complexidade atual. Por outro lado, práticas que realmente se revelem violadoras de preceitos humanos mínimos, tais como a mutilação genital feminina, devem ser firmemente coibidas, não por meio da violência, mas pela educação, integração, esclarecimento e o diálogo.

Considero indiferença, e não respeito a diversidade, permitir que crianças morram pela negativa dos pais em que sejam submetidas a transfusões de sangue, tal como defendem os religiosos Testemunhas de Jeová. Sobretudo no Brasil, onde a Constituição Federal proíbe qualquer forma de negligência contra crianças e adolescente.

Cumprir observar também, que práticas de violência realizadas por grupos minoritários são sempre voltadas a grupos vulneráveis que se formam no seu interior, como mulheres, crianças, deficientes, apenados. Os que detêm posições de comando nas relações de poder nesses grupos, na acepção de Foucault, comandam massacres, mutilações, humilhações, nada sofrendo. E são os mesmos que pleiteiam respeito por suas diferenças culturais.

Por fim, a convivência multicultural, a pacífica, que converge para a felicidade humana e não à opressão, pautada na tolerância, deve ser vivenciada, abolindo preconceitos, e propiciando o avanço na consecução de direitos humanos.

6 CONCLUSÃO

Os direitos humanos encontram-se consagrados internacionalmente em importantes documentos de caráter universal, e apesar disso, o processo de sua proteção e consecução e ainda possuem um longo caminho a trilhar.

O universalismo dos direitos humanos estabelecido na Declaração Universal de 1948 deve ser interpretado com cautelas, eventualmente para que se evite banalizações e a sua apropriação para fins de dominação e exploração de países e cultura.

A possível planificação cultural, de interesse de culturas hegemônicas, é prejudicial para a real implantação de direitos humanos baseados nos preceitos éticos que se pretende, devendo a convivência entre as culturas ser incentivada, mediante a implementação de processos educacionais que incentivem a tolerância.

A indiferença, enquanto conduta incompatível com a tolerância, precisa ser evitada, para que minorias que sofrem violações possam ser adequadamente tuteladas pelos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. – São Paulo : Companhia das Letras, 2006.

FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade da Resistência. In: Wolkmer, Antônio Carlos. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes*. Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo. n. 79, p. 71-94, nov. 2007.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo : Peirópolis, 2011.



A TUTELA JURISDICIONAL DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS AGRÁRIAS: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AGRÁRIA

Ney Tapajós Ferreira Franco¹

RESUMO: O artigo versará sobre a influência do princípio da função social da propriedade agrária nas lides possessórias que traduzam conflitos no espaço agrário, quase sempre de matiz coletivo. De acordo com a proposta aqui defendida, a tutela jurisdicional pleiteada pelas partes na Justiça Agrária não prescinde do exame rigoroso no caso concreto dos requisitos que compõem aquela norma-princípio os quais estão previstos no art. 186 da CF/88, funcionando como condição de ação específica para conhecimento e julgamento de toda lide agrária envolvendo posse/propriedade.

PALAVRAS-CHAVE: Função Social da Propriedade Agrária. Posse agrária. Tutela jurisdicional.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A TUTELA JURISDICIONAL DA POSSE NO CPC DE 1973. 3 A PROPRIEDADE-FUNCIONALIZADA: ESBOÇO HISTÓRICO. 4 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AGRÁRIA. 5 A TUTELA JURISDICIONAL POSSESSÓRIA NAS LIDES AGRÁRIAS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva fazer uma análise sobre a tutela jurisdicional da posse nas lides coletivas agrárias que tramitam na Justiça Agrária à luz do princípio constitucional da função social da propriedade agrária que está previsto no art. 186 da Carta Magna de 1988.

Inicialmente faremos um breve estudo sobre a questão da propriedade-função e sua manifestação no âmbito agrário através do princípio da função social da propriedade agrária cujos requisitos previstos no art. 186 da CF/88 serão objeto de breve análise neste apontamento.

¹ Membro do Ministério Público do Estado do Pará e Especialista em Direito Agrário pelo Centro de Estudos Superiores do Pará – CESUPA. e-mail: neyfranc@ig.com.br

Após esta abordagem teórica, procuraremos ainda demonstrar que os feitos possessórios julgados pela Justiça Agrária não podem ser conhecidos e julgados sob o prisma individualista consagrado pelas normas do Código de Processo Civil de 1973. Ao revés, a proposta aqui descrita defende que a concessão de tutela jurisdicional possessória somente deve ocorrer se o autor da ação demonstrar o cumprimento dos requisitos previstos no citado art. 186 da CF/88 que são materializados no exercício de uma posse qualificada conhecida como posse agrária.

Nossa intenção é chamar atenção para a necessidade de combater o sentimento de “baixa constitucionalidade”, na expressão de Lenio Streck, dos operadores do direito que insistem em ensinar, falar e praticar o direito usando como parâmetros apenas a norma positiva sem dar maior atenção aos valores e princípios consagrados na Carta Magna.

Combater essa visão reducionista do direito constitui a missão da moderna hermenêutica que vê na Constituição o vetor interpretativo por excelência e cuja principiologia e carga axiológica estão a serviço da concretização dos fundamentos e objetivos de nossa República, promessas ainda distantes da realidade do homem do campo.

A atuação agrário-jurisdicional pautada por essa principiologia, acreditamos, já se constituiria num importante passo rumo à mudança de paradigmas hermenêuticos e modelos decisórios que ainda norteiam o conhecimento e julgamento de ações possessórias no Poder Judiciário brasileiro.

2 A TUTELA JURISDICIONAL DA POSSE NO CPC DE 1973

A tipologia das ações possessórias típicas está localizada nos artigos 920-933 pertencentes ao Livro IV, capítulo V do Título I do atual CPC que trata dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. Os procedimentos especiais caracterizam-se por representar um “corte cognitivo” com relação ao exame da lide, significando dizer que sua adoção implica numa restrição das matérias que podem ser conhecidas e julgadas durante o *iter* sob pena de descaracterização de sua especificidade.

No caso específico das ações possessórias, seu universo cognitivo está delimitado, via de regra pelo art. 927 do CPC o qual serve como parâmetro de distinção entre as ações possessórias *strito sensu* e outras espécies de ações que, somente por via oblíqua servem para tutelar o fenômeno possessório.

Conforme se trate de tutelar exclusivamente a posse ou não, as ações possessórias classificam-se em *stricto sensu* e *lato sensu*, respectivamente.

As ações possessórias *stricto sensu* são as conhecidas manutenção de posse, reintegração de posse e o interdito proibitório as quais têm como fundamento único a posse, ou seja, o chamado *ius possessionis* enquanto que as ações possessórias *lato sensu*, *eventualmente*, mas não necessariamente, protegem a posse, vale dizer têm como causa de pedir outros fatos além da simples defesa da posse, abrangendo tanto o *ius possessionis* quanto o *ius possidendi*.

Como exemplo de ações possessórias *lato sensu* poderíamos citar a ação reivindicatória, a ação de imissão de posse, os embargos de terceiro e os embargos de retenção por benfeitorias.

Sobre a distinção entre *ius possessionis* e *ius possidendi*, esclarecedoras as lições de Cláudia Aparecida Cimardi: “No *ius possessionis* (direito de possuir), o direito tem origem na situação jurídica da posse, enquanto mero exercício fático de atos semelhantes àqueles que pratica o proprietário, independentemente de preexistência de uma relação jurídica. É o direito de posse, pela posse. O *ius possidendi* (direito à posse) é uma faculdade do titular de uma situação jurídica pré-constituída, de exercer a posse sobre determinada coisa, como, por exemplo, o caso do usufrutuário, do locatário, do proprietário. É o direito de possuir, em decorrência de uma relação jurídica preexistente. Verifica-se, portanto, que no *ius possessionis* o direito de posse advém da própria posse, enquanto no *ius possidendi* a faculdade do exercício da posse decorre de direito real ou obrigacional, e não de um simples poder de fato”². (grifo nosso).

O fator tempo assumia papel primordial para fins de obtenção de liminar nas ações possessórias *stricto sensu*, de manutenção e reintegração de posse, trazendo à tona os conceitos de posse velha e posse nova para fins de concessão do provimento judicial *initio litis* previsto no art. 928 do CPC.

Assim, aquelas espécies de possessórias serão de força velha se houve o transcurso de mais de ano e dia da data da turbção ou esbulho e terão força nova se ocorrer o contrário.

Sob o ponto de vista técnico, verifica-se que a tutela liminar prevista no art. 928 do CPC é de natureza satisfativa, pois seu deferimento implica, obviamente numa antecipação do *meritum causae* na ação possessória, tratando-

² CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção Processual da Posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 65.

se, em verdade, de uma das poucas hipóteses de liminar declaradamente satisfativa antes do advento do novo artigo 273 do CPC.

O art. 273 do CPC trouxe para nosso sistema processual o instituto da tutela antecipada o qual, em termos práticos, a nosso ver, reduziu a importância da comprovação de posse nova para fins de obtenção de medida liminar nas ações possessórias, já que, naquela tutela de urgência basta que se demonstrem seus requisitos próprios para que se obtenham os mesmos efeitos práticos que se pretendia com a liminar – a ordem judicial possessória favorável ao requerente.

Ou seja, abriu-se outra possibilidade de proteção processual da posse trazida à lume pelo dispositivo processual acima referido que representou grande avanço em nossa legislação ao consagrar - de forma genérica - a possibilidade de se obter tutela meritória antes do desfecho normal do processo.

No entanto, há autores que não admitem a possibilidade de se invocar livremente o art. 273 do CPC em sede de proteção possessória, como, por exemplo, no caso de o interessado deixar escoar o prazo (decadencial) de um ano e dia sem pleitear a liminar para proteger sua posse agredida³.

Sem embargo, entendemos inexistir qualquer óbice legal que proíba tanto ao autor quanto ao réu a opção pelo manejo – em sede possessória - da tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC ou a consagrada liminar insculpida no art. 928 do mesmo diploma legal.

É que, conforme já ressaltado, ambas indicam formas de proteção processual do fenômeno possessório as quais possuem requisitos próprios que, dependendo das circunstâncias do caso, poderão servir como técnicas processuais com uso a critério do interessado; em homenagem à tão decantada efetividade do processo como instrumento de proteção de direitos subjetivos.⁴

Neste sentido, acolhemos integralmente o magistério de Cláudia Aparecida Cimardi: “Tem-se, com o instituto da antecipação da tutela, outro instrumento de defesa da posse, o qual não conflita com a possibilidade de concessão da liminar possessória. Isto porque os requisitos exigidos à liminar possessória (...) estão centrados na posse e no tempo da efetivação da violência contra ela. Os requisitos impostos à concessão da antecipação da tutela não se prendem ao elemento temporal, pois que se consubstanciam nas hipóteses anteriormente examinadas. Assim sendo, na ação possessória que não

³ Neste sentido, veja-se FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 207.

⁴ O que não se admite é o autor formular pedido bifronte, isto é, liminar possessória e tutela antecipada.

comportar liminar, por ter-se consumado, a respectiva ofensa há mais de ano e dia, tem o autor (ou o réu que deduziu pedido contraposto) a oportunidade de requerer a antecipação de tutela com base nos arts. 273 e 461 do CPC. Não se cogita, nesta situação, do requisito tempo, mas, sim, dos pressupostos insertos em referidos dispositivos legais”.⁵

Essa visão é compartilhada inclusive no E. Superior Tribunal de Justiça: “Ação de Reintegração de Posse. Tutela antecipada. 1. **Embora possível, a tutela antecipada em ação de reintegração de posse deve ser indeferida quando as circunstâncias do caso concreto indicam que não estão preenchidos todos os requisitos do art. 273 do CPC, levando-se em consideração a situação do detentor da coisa.** 2. **Recursos especial não conhecido**”. (STJ, 3ª T. REsp 555.027 MG (2003-0094211-9), rel. Min. Carlos Menezes Direito, j.27.04.2004, DJU 07.06.2004, p.223). (grifo nosso).

No juízo possessório, o que se discute é o *ius possessionis* e não o *ius possidendi* razão pela qual não é possível apresentar exceção de domínio naquela ocasião.

Contudo, é oportuno registrar que o autor – e também o réu - não estão impedidos de alegar em sede possessória a condição de *donos* da coisa. O que se veda é o ajuizamentos de ações possessórias fundadas *unicamente* na propriedade pois, caso contrário, haveria desvirtuamento da *causa petendi* e, por consequência, da própria natureza do direito material discutido no feito.

Dessa forma, acaso a ação possessória funde-se apenas no domínio da coisa, o melhor entendimento seria o aproveitamento do feito e não sua extinção sem julgamento do mérito – em homenagem ao princípio da economia processual – com a simples conversão do rito para o ordinário que é o competente para discussão do *ius possidendi*.⁶

Por fim, é oportuno ainda dizer que o termo final de vedação de concomitância entre ações possessórias e petitórias⁷ é o trânsito em julgado da decisão proferida no juízo possessório.

⁵ Op.cit. pág. 321. Contudo, a autora ressalta que, no caso de posse nova, ou seja, quando a violação do direito possessório subsistir dentro de prazo inferior a um ano e dia, deverá o interessado, forçosamente, reivindicar a liminar possessória do art. 927 do CPC e não a tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC por uma questão de coerência com aquilo que o sistema processual pátrio prevê.

⁶ Neste sentido, veja-se o magistério de Cláudia Aparecida Cimardi (op. cit. pág.195).

⁷ Esta proibição possui natureza jurídica de pressuposto processual negativo de constituição e desenvolvimento válido do processo petitório que não pode subsistir ao mesmo tempo em que esteja pendente ação possessória com o mesmo objeto.

3 A PROPRIEDADE-FUNCIONALIZADA: ESBOÇO HISTÓRICO

Em tempos nem tão remotos, constituía entendimento corrente a idéia segundo a qual a propriedade ou domínio⁸ se apresentava como um direito que, salvo hipóteses excepcionais, deveria ser exercido sem qualquer limitação ou restrição que não derivasse da vontade de seu titular.

A tal concepção se convencionou chamar de absolutista e foi consagrada, em termos positivos, pioneiramente, pelo famoso Código Civil Napoleônico de 1804, daí espalhando-se para vários ordenamentos jurídicos, inclusive nosso Código Civil de 1916 que no art. 524 definiu propriedade a partir de suas prerrogativas: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Contudo, a partir do século XIX, verificou-se um crescimento de produções teóricas que preconizavam a necessidade de se atribuir aos direitos subjetivos e seu exemplo mais acabado – o direito de propriedade – uma função, em nome da utilidade social que o exercício desta *facultas agendi* impõe a todos aqueles que vivem em sociedade.

Nesta polêmica, destacou-se o nome de Leon Duguit cujas concepções sobre a chamada propriedade-função exerceram imensa influência em juristas e pensadores dos mais diversos matizes⁹.

E tais ideias começaram então a ser consagradas nas Constituições ocidentais das quais a Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 são os exemplos pioneiros sobre o uso social que deve ter a propriedade.

Em vista de tudo até aqui exposto, forçoso é concluir que a ideia de funcionalização passou a integrar a própria estrutura do direito de propriedade, ou seja, como algo que lhe é insito.

Neste sentido, fundamentais as palavras de Marcos Alcino de Azevedo Torres: “Deve-se então, desde logo, buscar estabelecer uma premissa fundamental em tema de função social: ser ela parte integrante (essencial) da estrutura, do conteúdo do direito, influenciando na sua caracterização e no seu conceito. Em outras palavras, impregnando o direito de propriedade ou, de outro modo, ser, parte integrante do complexo número de limitações ao direito

⁸ Neste trabalho utilizaremos estas duas expressões como sinônimas, vez que nosso Código Civil atual não faz distinção entre os termos conforme os ensinamentos de Roberto Senise Lisboa (“Manual de Direito Civil, v.4, Direitos Reais e Direitos Intelectuais”, São Paulo, Ed. Saraiva, 4. ed. 2008, p.84).

⁹ Ver a respeito, Marcos Alcino de Azevedo Torres in “A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2. ed. p. 205 e 207.

de propriedade (...). Tal questão não é meramente acadêmica, tendo grande importância prática (...).¹⁰

Dentre estas consequências práticas referidas pelo autor acima, poderíamos de pronto, mencionar três: 1) a perda da possibilidade de se pleitear tutela jurisdicional pelo proprietário/possuidor que não se desincumbiu do ônus de exercer sua propriedade-função, preferindo utilizá-la em prol da ociosidade e da especulação financeiro-imobiliária; 2) na propriedade imobiliária, urbana ou rural, estaria suprimida a faculdade de não usar a coisa, pela força impulsiva, atribuída a tais espécies de bens, em razão do princípio da função social^{11 12}; 3) o cumprimento da função social da propriedade imobiliária, urbana ou rural, se dá através do exercício da posse do bem, posse qualificada, batizada por alguns de posse agrária, caso se trate de atividade agrária.

É por isso que é correta a frase de Natalino Irti, citado por Gustavo Rezek para quem “o direito de propriedade sobre bens agrários deve, por princípio constitucional, combinar-se com a obrigação de exercitar a empresa”.

Com efeito, ao proporcionar à coisa (*rectius*: a terra) aquela destinação social que informa o conteúdo da função social, o proprietário consagra no plano concreto os direitos fundamentais – próprios e de terceiros - à alimentação, à moradia, ao trabalho, ao meio ambiente equilibrado, daí o acerto da afirmação de Jacques Távora Alfonsin quando afirma que “o cumprimento da função social potencializa os direitos humanos, inclusive dos não-proprietários”¹³.

Somente neste nível é que podemos admitir que a propriedade seja verdadeiramente considerada como um exemplar dos direitos humanos, assumindo, portanto, um caráter de direito fundamental com todos os corolários daí decorrentes.

A busca da satisfação de interesses sociais através do uso da propriedade, atualmente, se manifesta numa tríplice dimensão: econômica, ambiental e social. E é por intermédio da efetivação, no plano real, destas diretrizes que se elevará a propriedade, enquanto direito subjetivo, à obtenção do status de

¹⁰ op.cit. pág. 236-237

¹¹ Neste aspecto, em especial, haveria uma dificuldade prática de fiscalização desta ociosidade, pois, em geral, o proprietário ocioso somente tomaria providências no sentido de ‘funcionalizá-la’ quando o Poder Público manifestasse interesse no bem via desapropriação ou se a área fosse ocupada.

¹² Registra Marcos Alcino de Azevedo Torres: “Ora, não reconhecer que o princípio da função social altera a faculdade de uso, eliminando o não-uso, impondo comportamento positivo ao titular, no sentido de dar utilidade racional, seja no interesse individual, seja no interesse coletivo, corresponderia verdadeiramente a ignorar a própria existência do princípio da função social” (op. cit. p. 255)

¹³ ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. p. 205.

direito fundamental, e, desse modo, legitimar seu exercício e viabilizar sua proteção no ordenamento jurídico, mormente perante o Poder Judiciário que assumiria, neste contexto, papel crucial como instância de controle social responsável pela eficácia dos direitos fundamentais ¹⁴.

Fiel a essa hodierna concepção, sobreveio o novo Código Civil Brasileiro que no seu art. 1228, §1º positivou em nosso sistema jurídico a propriedade-função nos seguintes termos: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

4 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE AGRÁRIA

O conceito de “função social” não é algo ínsito ao imóvel enquanto realidade corpórea, mas sim um elemento histórico-cultural, ou seja, um valor que é atribuído à terra por uma pessoa que nela exerce seu trabalho, tornando-a socialmente útil à luz de certos paradigmas consagrados no sistema jurídico positivo em vigor. Nesse sentido, leciona Gustavo Rezek: “A função social é relativa ao imóvel agrário, mas não existe no imóvel em si mesmo. É um valor cultural, fruto da inteligência humana, reconhecido e previsto pelo ente estatal, que condiciona o detentor de qualquer poder de uso em sentido amplo sobre o bem, seja ele o proprietário, o possuidor, o usufrutuário, o arrendatário, o parceiro outorgado ou o empresário”¹⁵.

Assim, conclui-se que o conceito de função social é essencialmente histórico cujo conteúdo e alcance serão delimitados à luz dos fatores sócio-político-econômicos predominantes na realidade social considerada; os quais serão devidamente incorporados pelo sistema jurídico positivo.

E é justamente pela posição que a função social ocupa no ordenamento jurídico positivo que se aquilatará sua importância no respectivo meio social considerado.

¹⁴ Daí o acerto da afirmação de Jean Carlos Dias: “O grande desafio teórico para o Poder Judiciário neste século constitui-se em um amplo planejamento de ação institucional que o dignifique como ator relevante na implementação dos Direitos Fundamentais”. (DIAS, Jean Carlos. Problemas Contemporâneos de Teoria dos Direitos Fundamentais: esboço para uma investigação abrangente. In: DIAS, Jean Carlos e KLAUTAU FILHO, Paulo (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade*. São Paulo: Método, 2010. p. 27).

¹⁵ Op. cit. p. 127

No Brasil, o princípio da função social da propriedade possui status constitucional desde a CF de 1946 e na atual Carta Magna de 88 foi alçado a direito fundamental no seu art. 5º, XXIII¹⁶.

No que pertine à função social da propriedade agrária, sua regulamentação infraconstitucional adveio com a Lei 8.629/93 que esmiuçou os requisitos previstos no art. 186 da CF/88, preenchendo, materialmente, em nível legal, o conteúdo da função social do imóvel agrário.¹⁷

Feitas essas considerações preliminares, passemos a analisar, em linhas gerais, os requisitos legais para o cumprimento da função social da propriedade agrária que diverge daqueles referentes à propriedade urbana¹⁸, pois, conforme magistério de Roxana Cardoso B. Borges: “Tanto a função social como a função ambiental da propriedade vão variar de acordo com o bem objeto de propriedade, que, sob proteção legal especial, identificar-se-á com o próprio objeto da função social ou ambiental”.¹⁹

Conforme já indicado, os requisitos da função social do imóvel rural tiveram suas diretrizes fixadas no art. 186 da CF/88 que assim dispõe: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Quanto ao primeiro requisito, os termos centrais são “racional” e “adequado”. Anota Cretella Jr. citado por Umberto Machado de Oliveira²⁰ que a utilização racional do solo é pressuposto do seu uso adequado. Para este autor “o aproveitamento adequado do solo seria o plantio que obedece à correspondência exata entre o que se vai plantar e a natureza do terreno

¹⁶ “Art. 5º, XXIII da CF/88: *A propriedade atenderá sua função social*”

¹⁷ É oportuno asseverar que a previsão legal da função social do imóvel agrário não exclui a possibilidade de novas interpretações quanto ao seu conteúdo sempre com o objetivo de conferir a máxima efetividade deste princípio no cumprimento dos fundamentos de nossa República. Neste sentido, veja-se o magistério de Sílvio Luiz Ferreira de Souza (SOUSA, Sílvio Luiz Ferreira de. *A Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 119).

¹⁸ Neste sentido, dispõe o art. 182, §2º da CF/88: “*A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”.

¹⁹ Função Ambiental da Propriedade Agrária. In: BARROSO, Lucas Abreu e outros (Org.). *Direito Agrário na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 275.

²⁰ OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de Direito Agrário na Constituição vigente*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 171.

(...). Conforme a característica do solo (arenoso, calcário, alcalino), deve-se plantar o que a ele convém”.²¹

Vê-se, portanto que o art. 186, I da CF/88 possui nítida conexão com o respeito à vocação agrária da terra bem como com o processo tecnológico que deve coadunar-se com o chamado desenvolvimento sustentável, conciliando, assim, a geração de riquezas com a preservação do meio ambiente²².

O requisito seguinte é justamente aquele pertinente à proteção ambiental²³. Com efeito, não se harmoniza mais com os ditames de nosso Estado Democrático de Direito o exercício de atividades econômicas predatórias ao meio ambiente, vez que, o processo histórico já demonstrou os graves prejuízos sofridos pela coletividade em função da prática de atividades econômicas desacompanhadas de qualquer preocupação com a questão ambiental.²⁴

O outro requisito constitucional se refere à necessidade da empresa agrária atuar com respeito à legislação que rege as relações de trabalho²⁵. No atual estágio de desenvolvimento econômico no campo, observar-se em alguns setores um alto índice de mecanização e uso de tecnologias de ponta (por exemplo, a cultura da soja) com vistas não apenas ao incremento da produção em termos quantitativos, mas de olho na melhoria da qualidade daquilo que é produzido.

Por fim, resta o dispositivo que determina que a exploração agrária seja desenvolvida de maneira que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores²⁶. Este artigo peca por sua redação genérica, não traçando maiores detalhes sobre sua verificação em concreto. Parece mais uma norma

²¹ Op.cit. p. 172-173.

²² O art. 9º, §1º e 2º da Lei 8629/93 dispõe: “§ 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do Art. 6º desta Lei; § 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade”.

²³ Reza o art. 9º, § 3º da Lei 8629/93: “Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas”.

²⁴ No Estado do Pará, é fácil constatar tal fato em razão do alto índice de desmatamentos predatórios observados nas áreas destinadas a pastos. Tais queimadas geram graves prejuízos ambientais, poluindo o ar e atrapalhando até mesmo o tráfego aéreo nas regiões afetadas.

²⁵ Reza o art. 9º, § 4º da Lei 8629/93: “A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais”.

²⁶ Reza o art. 9º, §5º da Lei 8629/93: “A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel”.

programática, espelhando um estado ideal de coisas a ser alcançado uma vez cumpridos os demais requisitos do art. 186 da CF/88.

5 A TUTELA JURISDICIONAL POSSESSÓRIA NAS LIDES AGRÁRIAS

Vimos linhas atrás que o fundamento-mor de todas as ações possessórias *stricto sensu* é a defesa da posse, dispondo o art. 927 do CPC sobre as balizas que definem o que deve ser alegado em sede probatória pelo autor para obtenção de tutela jurisdicional no juízo possessório.

De igual forma, demonstramos como o princípio da função social da propriedade produziu profundas alterações no conteúdo desse direito subjetivo; condicionando sua legitimidade (inclusive quanto à proteção jurisdicional) à sua plena ocorrência *in concreto*.

Também foi exposto que o procedimento previsto para as ações possessórias no âmbito do CPC nada dispôs sobre o uso da função social do imóvel, versando basicamente sobre o procedimento judicial a ser seguido diante de uma demanda envolvendo uma posse (qualquer posse) potencialmente, ou não, violada.

Desse modo, considerando que o princípio da função social do imóvel rural materializa-se através do exercício da chamada posse agrária, entendemos oportuno tecermos algumas considerações sobre esse instituto e sua influência na configuração da causa de pedir nas demandas possessórias agrárias.

A posse agrária, como espécie do gênero posse, é composta pelos dois elementos presentes em qualquer posse: “*corpus*” e “*animus*” cujos conteúdos diferem substancialmente daqueles dispensados à posse civil. Antônio José de Mattos Neto assim caracteriza os elementos da posse agrária: “O corpus, o elemento objetivo, é traduzido por atos que exteriorizam a vinculação direta, material, imediata do possuidor à terra. A posse agrária, exige uma apreensão imediata e direta sobre a coisa. A relação entre o homem e a terra é direta, física, revelada por atos materiais. A exploração econômica da terra há de ser direta. O Direito Agrário condena o desfrute do imóvel rural como simples fonte de renda derivada do trabalho alheio. Há repulsa legal da exploração indireta nas mais variadas formas. A lei agrária prestigia o rurícola que diretamente, através de seus próprios esforços e riscos, organiza empreendimento agrário, no intuito de produzir riquezas. Relativamente ao outro elemento estrutural, o fator subjetivo da posse, o animus, a intenção é representada pelo trabalho que o possuidor desempenha na terra. O possuidor agrário não porta a intenção

imediate de exercer o direito de propriedade como se fosse seu titular (*animus domini*). Muito menos é detentor da vontade de proceder como habitualmente o faz o proprietário (*affectio tenendi*). A intenção do possuidor agrário é de trabalhar a terra: pretende explorar economicamente a terra, produzindo bens consumíveis, para sobrevivência própria, da família e da comunidade, participando do processo produtivo social”.²⁷

Assim, o citado professor paraense assim define a posse agrária: “É o exercício direto, contínuo, racional e pacífico de atividades agrárias (propriamente ditas, vinculadas ou complementares e conexas) desempenhadas em gleba de terra rural capaz de dar condições suficientes e necessárias ao seu uso econômico, gerando ao possuidor um poder jurídico de natureza real definitiva com amplas repercussões no Direito, tendo em vista o seu progresso e bem estar econômico e social”.²⁸

Portanto, é através da posse agrária que o possuidor dá cumprimento ao postulado constitucional da função social da propriedade agrária, convertendo-a em efetivo instrumento de produção de riquezas em prol da coletividade, minimização das desigualdades sociais e desenvolvimento sustentável.

Lamentavelmente, conforme exposto, o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 silenciou sobre o conceito de posse agrária nas ações possessórias agrárias que, por sua própria índole, são lides de cunho coletivo. Ao revés, o estatuto processual dos anos 70 preocupou-se exclusivamente com a solução de conflitos individuais, o que bem demonstra a visão que se tinha do processo como instrumento puramente técnico-racional e alheio à demonstração concreta de efetividade de valores coletivos como o é a questão da função social dos direitos²⁹.

Desse modo, considerando que a Constituição Federal de 1988 previu os requisitos para que a propriedade agrária cumpra sua função social, entendemos que o ingresso de ações judiciais relacionadas à defesa da posse de imóvel agrário exigirá além dos requisitos tradicionais previstos nos art.

²⁷ MATTOS NETO, Antônio José de. *A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil*. Belém: CEJUP, 1988. p. 47-48.

²⁸ Op.cit. p. 68.

²⁹ Neste diapasão, anota Eduardo Kochenborger Scarparo: “Exemplo claro disso está na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, pois em nenhum momento Alfredo Buzaid referencia valores fundamentais. Pelo contrário, apõe ao processo civil uma postura de indiferença ao campo social, ao afirmar que “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de uma longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito” (SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *O processo como Instrumento dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Síntese, Juris Plenum Ouro, nº 22, Nov. 2011. CD-ROM.

927 do CPC, a prova do cumprimento dos requisitos constitucionais previstos no art. 186 da CF de 1988 seja em sede liminar, em sede de tutela antecipada ou no *meritum causae*. Nesse sentido, leciona Fábio Konder Comparato: “(...) o descumprimento do dever social do proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional. Nessa hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas. Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito, tão-só, ao uso do bem mas à própria essência do domínio. Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço imediato e as ações possessórias”³⁰. (grifamos)

Assim, num exercício hermenêutico que procura dar à Constituição aquela “atribuição de sentido” que permita enxergá-la como força motriz de nosso ordenamento jurídico, entendemos que toda proteção jurisdicional reivindicada em demanda possessória versando sobre imóvel agrário exigirá prova do cumprimento dos requisitos de sua função social (ou seja, deverá provar o exercício efetivo de posse agrária) os quais assumem, a nosso ver, natureza de verdadeira *condição de ação específica* para exame de ações judiciais deste naipe, vez que, ante sua não comprovação, faleceria ao autor interesse de agir em obter tutela jurisdicional possessória face à ausência de adequação entre o procedimento adotado e a espécie de tutela judicial requerida.

Impende salientar que a função social não é um atributo exclusivo do direito de propriedade. Ao revés, fala-se em função social dos contratos, da família, da empresa e do direito como um todo. E não poderia ser diferente; pois é inconcebível imaginar o direito desacompanhado de uma finalidade social e garantidor da promoção do bem comum³¹.

Toda norma – regra ou princípio – existe para atender uma finalidade que não diz respeito apenas ao titular do direito nela previsto. De alguma

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 145.

³¹ Anota Celso Antônio Bandeira De Melo: “Em Direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por alguém, mas no interesse de outrem, sendo que este sujeito - o obrigado -, para desincumbir-se de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio que está a seu cargo prover.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 14-15).

forma, este direito deverá ser legitimamente exercido e tutelado desde que seu titular não ofenda valores e bens consagrados no texto constitucional como de relevância social.

Não é por outro motivo que a maioria dos sistemas jurídicos proíbem o uso abusivo dos direitos que, no caso brasileiro, encontra sua regra matriz na cláusula geral prevista no art. 187 do CC³².

Desse modo, considerando que o legislador constitucional prevê que a função social da propriedade rural exige do proprietário/possuidor que exerça uma posse agrária comprometida com os valores insculpidos no art. 186 da CF/88 (preservação do meio ambiente, desenvolvimento econômico sustentável, respeito à dignidade do trabalhador) não se pode admitir proteção jurisdicional quanto a esta posse/propriedade sem que sua função social seja meticulosamente objeto de cognição pelo MM Juízo do feito.

Ao agir da forma aqui preconizada, a nosso ver, o processo civil brasileiro - como meio posto à disposição da atividade jurisdicional para verificação da função social da propriedade - cumpriria ele mesmo uma função social ao tornar a atividade jurisdicional meio de efetivação daqueles valores sociais subjacentes ao art. 186 da CF/88. Assim sendo, deixaria de lado sua clássica missão de salvaguardar interesses individuais para se tornar efetivo instrumento de tutela de valores transindividuais de matiz social, o que a nosso ver, vem ao encontro do conceito estrito de função como atividade em prol de alguém ou algo que nos é exterior. Nesse sentido, basilares as palavras de J. J. Calmon de Passos: “Parece-me valioso, portanto, para maior precisão do conceito de função, distinguirmos a atividade, ou o operar do indivíduo, voltada para seus objetivos pessoais, daquela realizada de modo direcionado para alcançar objetivos relacionados com interesses que o ultrapassam; dizendo mais diretamente, com os da convivência social (...) Função social, conseqüentemente, pode ser entendida como atividade do indivíduo ou de suas organizações, desenvolvida no sentido de atender a interesses ou obter resultados que ultrapassam os do agente. Pouco importa traduza essa atividade exercício de direito, dever, poder ou competência. A natureza da atividade e o modo pelo qual se cumpre são irrelevantes. Não definem a função, qualificam-na, apenas”.³³

³² Art. 187 do CC: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

³³ CALMON DE PASSOS, J. J. *A Função Social do Processo*. São Paulo: Síntese, Juris Plenum Ouro, nº 22, nov. 2011. CD-ROM.

E diga-se mais: à medida que o processo civil brasileiro desempenha uma função que alcança uma dimensão coletiva³⁴ (como no caso de efetivação de princípios como o da função social da propriedade) maior será sua legitimidade pois estará contribuindo em larga escala para concretização dos valores resultantes do consenso mínimo implantado na Carta Magna para o Estado Democrático de Direito brasileiro, como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a dignidade humana, valores que ainda permanecem distantes da realidade do campo brasileiro, mormente na região norte do país e mais especificamente no nosso Estado do Pará.

Nesse diapasão, a função social da propriedade discutida no processo apresenta nítido contorno de matéria de ordem pública, de cunho indisponível³⁵ cuja discussão e prova não pode ser afastada mesmo diante de revelia da parte demandada³⁶.

Pensar diferente, entendemos, é consagrar o direito posto, positivado, expresso; é consagrar o processo como instrumento puramente técnico e não como meio de concretização de valores constitucionais; é consagrar aquela hermenêutica clássica que só enxerga a norma expressa e não vê a importância dos princípios na busca de decisões judiciais justas e, acima de tudo, legítimas. É, por fim, desprezar os apelos da nova hermenêutica para que a Constituição (e todos seus princípios e valores nela inseridos, expressamente ou não) seja o referencial por excelência na tarefa de interpretar e aplicar o direito, negando,

³⁴ Esta ideia de “dimensão coletiva” por nós atribuída não apenas ao princípio da função social da propriedade, mas a todos os princípios constitucionais traz à tona o conceito rousseauniano de “vontade geral” que impunha ao Estado o dever de proteção e zelo de interesses que não digam respeito às necessidades das pessoas individualmente consideradas ou a sua simples somatória; mas enquanto foco de valores que interessariam a toda coletividade, tratando-se de algo genuinamente público. Neste sentido, dentro da perspectiva aqui tratada neste trabalho, caberia ao Estado-juiz o importante papel de condicionar a concessão de proteção judicial somente no caso da parte demonstrar o efetivo exercício de seu direito subjetivo material (sobre o qual se pede a tutela jurisdicional) conforme os valores sociais subjacentes aos princípios relacionados a tal *facultas agendi*.

³⁵ Informa Marco Antônio M. Pereira: “O conceito de direito indisponível se encontra ligado à noção de ordem pública que está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito às partes contratantes disporem de maneira diversa. Ou seja, o que é de ordem pública retrata interesses indisponíveis, os quais a ninguém compete alienar a que título seja. O interesse indisponível é consequência da ordem pública e, portanto, devem ser realizados obrigatoriamente em virtude de sua essência social”. (PEREIRA, Marco Antônio. *A transação no curso da Ação Civil Pública*. São Paulo: Síntese, Juris Plenum, nº 22, nov. 2011. CD-ROM).

³⁶ Art. 320 do CPC: “A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: (...)II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”

dessa forma, o direito do jurisdicionado a uma “conformação constitucional do processo”.

Por fim, entendemos que o Ministério Público possui imenso papel como guardião do princípio da função social da propriedade agrária, cuja relevância social é inquestionável, cabendo-lhe zelar pela sua observância nas lides possessórias agrárias em face de sua inegável conotação transindividual que, por sua vez, está umbilicalmente ligada à efetivação de direitos fundamentais ligados à terra, como o direito à alimentação, à moradia e ao trabalho; todos, por sua vez, subjacentes ao exercício da posse agrária.

Amartya Sen, prêmio nobel de economia, leciona que o desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades³⁷, o que implica dizer que não se deve buscar o crescimento econômico como um fim em si mesmo ou como único vetor para aferição do progresso social; mas como meio para expansão das potencialidades humanas nos mais diversos setores sociais, da saúde à educação, seja no espaço urbano seja no espaço agrário.

Seguindo estas lições, podemos concluir que zelar pela observância do princípio da função social da terra implicaria na garantia de proporcionar aqueles que vivem do e no campo o pleno desenvolvimento de sua cidadania agrária a partir do *locus* próprio em que vivem, concretizando, paulatinamente, neste espaço que lhes é peculiar, os fundamentos sobre os quais se assentam nossa República, agregando-se a isto o respeito aos direitos fundamentais, tido como nota peculiar do autêntico regime republicano³⁸.

6 CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho procuramos demonstrar que a proteção jurisdicional da posse nos conflitos coletivos possessórios afetos ao Juízo Agrário não podem dispensar o exame dos requisitos que informam o princípio da função social da propriedade agrária previsto no art. 186 da CF/88. Assim,

³⁷ Segundo o economista indiano: “O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”. (SEN, AMARTYA. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 10).

³⁸ Para Fábio Konder Comparato, três seriam os institutos próprios do autêntico regime republicano: “Em primeiro lugar, o escrupuloso respeito ao sistema mundial de direitos humanos. (...) A segunda instituição fundamental do regime republicano é a abolição de todo e qualquer privilégio. (...) Finalmente, terceira instituição básica de uma república autêntica consiste em proibir a apropriação particular de bens que, pela sua natureza, são comuns a todo o povo, ou mesmo a todos os seres humanos, como o genoma humano, ou os recursos naturais não renováveis do planeta” (COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 244-245).

partindo da ideia de que a terra é fonte para exercício de direitos fundamentais, tais como direito à moradia, ao trabalho, à alimentação, o julgador não poderá decidir ações possessórias agrárias desprezando a necessidade de verificar no caso concreto se o autor/possuidor exerce uma posse agrária em conformidade com os ditames constitucionais.

A exigência de investigação quanto ao cumprimento do princípio da função social da propriedade agrária na demanda trazida ao Juízo Agrário rende homenagem ainda ao princípio da força normativa da Constituição cujas normas e valores devem ser as diretrizes hermenêuticas a guiarem o intérprete na tarefa de dizer o direito aplicável aos conflitos agrário-fundiários trazidos ao Judiciário, materializando, assim - principalmente ante os olhos dos personagens diretamente ligados a estes conflitos e destinatários de seus efeitos mais perversos - aquela carga utópica presente em nosso texto constitucional que alimenta aquilo que Peter Haberle chamou de princípio de esperança a servir como horizonte na concretização no âmbito do espaço agrário-fundiário brasileiro do projeto de desenvolvimento socio-cultural nele desenhado

Neste sentido, nos ensina o referido jurista alemão: *“El tema del Estado constitucional toca al mismo tiempo a la ratio y la emotio, e implica al principio esperanza. Tanto la teoria de la Constitución como el tipo del “Estado Constitucional” deben conceder al ser humano espacio para un “quantum de utopia”, no solo en forma de la ampliación de los limites de las libertades culturales y su promoción(también de las religiones!) sino incluso de una manera más intensa, en la medida que los textos constitucionales normen esperanzas (...) que constituyan por lo menos “deseos de utopia” concretos. El “principio esperanza” (E.Bloch), el “principio responsabilidad” (H. Jonas), (...) estimulan una fructífera evolución constitucional, porque el ser humano necesita la esperanza como el aire que respira y porque la comunidad vive en libertad responsable. En la medida en que los textos constitucionales se encuentren fundamentalmente apartados de las utopias en su dimensión jurídica, y por su naturaleza propia así deban mantenerse, pueden, no obstante, ser “utopia” en algunas de sus partes: el principio del estado social era un pedazo de utopia en la época de H.Heller (1930) y también lo fue inicialmente en 1949 la Ley Fundamental de Bonn”*.³⁹

³⁹ *Apud* Leonardo Fernandes dos Santos “Haberle, Tópica, Cultura e Direito: as premissas do método da Constituição aberta”, pág.78, Direito Público, nº43 – Jan-Fev 2012, Ed. Síntese, São Paulo, 2012.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso B. Função Ambiental da Propriedade Agrária. In: BARROSO, Lucas Abreu e outros (Org.). *Direito Agrário na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CALMON DE PASSOS, J.J. *A Função Social do Processo*. São Paulo: Síntese, Juris Plenum Ouro, nº 22, nov. 2011. CD-ROM.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção Processual da Posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jean Carlos. Problemas Contemporâneos de Teoria dos Direitos Fundamentais: esboço para uma investigação abrangente. In: DIAS, Jean Carlos e KLAUTAU FILHO, Paulo (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade*. São Paulo: Método, 2010.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Direitos Reais e Direitos Intelectuais, v. 4. 4. d. São Paulo: Saraiva, 2008.

MATTOS NETO, Antônio José de. *A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil*. Belém: CEJUP, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de Direito Agrário na Constituição vigente*. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Marco Antônio. *A transação no curso da Ação Civil Pública*. São Paulo: Síntese, Juris Plenum, nº 22, nov. 2011. CD-ROM.

REZEK, Gustavo. *Imóvel rural: Agrariedade, Ruralidade e Rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Haberle, Tópica, Cultura e Direito: as premissas do método da Constituição aberta. São Paulo, *Direito Público*, nº 43, Jan./Fev. 2012.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *O processo como Instrumento dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Síntese, Juris Plenum Ouro, nº 22, Nov. 2011. CD-ROM.

SEN, AMARTYA. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SOUSA, Sílvio Luiz Ferreira de. *A Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STORER, Aline. *Autonomia da vontade: a ficção da liberdade; Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual*. São Paulo: Síntese, Juris Plenum Ouro, nº 22, Nov. 2011. CD-ROM.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



PRÁTICAS DE PROFISSIONAIS FRENTE AOS JOVENS EM CONFLITO COM A LEI EM UMA UNIDADE DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA

Raquel dos Santos Gomes¹
Flávia Cristina Silveira Lemos²

RESUMO: Esse artigo visa analisar por meio de um trabalho histórico, práticas de profissionais que atuam em uma unidade de cumprimento de medida sócio-educativa de internamento, se detendo em um estudo específico como trabalho de conclusão de curso de psicologia em problematizar essas práticas no Centro de Atendimento Juvenil Especializado (CAJE), no Distrito Federal. Foram realizadas entrevistas semi-estruturadas com os profissionais do estabelecimento supracitado, que foram gravadas, transcritas e analisadas por meio do recurso às contribuições de Michel Foucault e de autores que pesquisam a temática de jovens em conflito com a lei. Os resultados demarcaram que as práticas constituem o jovem como adolescente em conflito com a lei como estando em crise; em turbulência; por ser pobre e vir de famílias que não lhes dão disciplina e limites; por sofrer influência do meio desde a dos amigos até a da comunidade onde reside; por crescer em meio à violência; por não frequentar a escola e por estar à mercê de mudanças biológicas e psicológicas. Conclui-se o artigo com a problematização dessas práticas e seu questionamento.

PALAVRAS-CHAVE: Jovens. Medida sócio-educativa de internamento. Práticas profissionais.

SUMÁRIO: 1 PRÁTICAS DE PROFISSIONAIS FRENTE AOS JOVENS EM CONFLITO COM A LEI EM UMA UNIDADE DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. 2 PERCURSOS DA PESQUISA NO CAJE. 3 ANÁLISE HISTÓRICO-GENEALÓGICA DAS SÉRIES. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES PROVISÓRIAS. REFERÊNCIAS.

¹ Psicóloga (UCB). e-mail: raquel.sgomes@hotmail.com

² Psicóloga (UNESP), Mestre em Psicologia e Sociedade (UNESP), Doutora em História e Sociedade (UNESP), Professora adjunta II em psicologia social (UFPA). e-mail: flaviacslemos@gmail.com

1 PRÁTICAS DE PROFISSIONAIS FRENTE AOS JOVENS EM CONFLITO COM A LEI EM UMA UNIDADE DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA

O tema dos modos de cuidar/proteger/punir jovens em conflito com a lei tem sido pauta constante, estando na ordem do dia e provocando debates na sociedade nem sempre permeados por uma perspectiva crítica, sendo desta feita relevante publicar um texto que o aborde com um olhar histórico desnaturalizador de práticas cristalizadas.

O artigo apresenta resultados de uma pesquisa de conclusão de curso de psicologia, em co-autoria da orientadora do trabalho e da estudante que o realizou. O objetivo consistiu em problematizar as práticas de profissionais que atendiam jovens em conflito com a lei, cumprindo medida sócio-educativa de internação, no Centro de Atendimento Juvenil Especializado (CAJE), em Brasília/DF, em 2007, com o suporte de um enfoque histórico-genealógico, baseado na analítica de Michel Foucault.

2 PERCURSOS DA PESQUISA NO CAJE

O Conselho Federal de Psicologia (CFP) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 2006 visitaram este equipamento tendo verificado as seguintes condições: superlotação tanto na unidade feminina quanto na masculina; alojamentos em estado precário e inadequado, semelhantes a celas; os espaços eram diminutos e insalubres, tinham pouca ventilação e higienização e iluminação deficientes. Na avaliação da comissão da OAB e do CFP não existia projetos preventivos de DSTs/AIDS; havia medicação com uso de psicotrópicos para contenção em forma de castigo de isolamento em local de péssimas condições.

Nesse período, o CAJE era dirigido por policiais civis, em um processo explícito de militarização das práticas realizadas neste estabelecimento. Na análise da alimentação, foi detectado que esta era terceirizada e de qualidade ruim. Eram efetuadas oficinas profissionalizantes, sendo que a participação ficava condicionada ao comportamento disciplinar dos internos; se os jovens estivessem de castigo eram privados de atendimento técnico-pedagógico e das oficinas. Foram relatados casos de maus-tratos não registrados em arquivos do equipamento. O acesso à assistência jurídica era restrito e demorado, não havendo visitas da defensoria pública no local (CFP e OAB, 2006).

Metodologicamente, a pesquisa foi pautada em uma perspectiva histórico-genealógica, tendo nos trabalhos e precauções de método de Michel Foucault como analítica das práticas dos profissionais do CAJE, problematizando-as.

O CAJE, no período da realização da pesquisa – ano de 2007 – estava sendo coordenado por um grupo da Igreja Católica, em convênio com o Governo do Distrito Federal e não mais sob a responsabilidade da Polícia Civil, após inúmeras rebeliões e denúncias de tortura na mídia brasileira. As instalações do estabelecimento eram precárias; os profissionais, em geral, contratados por período limitado, sem concursos; havia denúncias contínuas do uso da tortura no espaço deste equipamento social; além da ausência de infra-estrutura adequada para um atendimento digno. O fato da direção do estabelecimento ter sido transferida da Polícia Civil para a Igreja Católica assinala para a visão militarizada e moralizadora que vem predominando nas políticas de atendimentos aos jovens pobres, de modo secular.

Participaram desse estudo dez profissionais, de diferentes cargos e funções (uma dentista, uma enfermeira, duas técnicas de enfermagem, um psicólogo, um professor de dança, uma nutricionista, uma educadora, um assistente social e um médico), todos vinculados ao estabelecimento por meio de contratos temporários. Parte desses agentes tinha experiência com projetos de proteção às crianças e jovens anteriormente e parte não. O critério da inclusão de entrevistados era que fossem profissionais que tivessem contato cotidiano com os jovens que cumpriam medida sócio-educativa naquele local.

Para se efetuar o estudo, foi solicitada autorização da equipe responsável pelo estabelecimento para a realização das entrevistas, que foi concedida pela coordenação do estabelecimento. Os profissionais foram convidados para uma reunião e lhes foi oferecido esclarecimento da proposta da pesquisa, além da afirmação de que a pesquisadora iria manter o sigilo dos nomes dos entrevistados e que todos contribuiriam livremente, não sendo obrigados a aceitar o convite. Também foi pedido que os interessados em participar assinassem um termo de consentimento livre esclarecido. As entrevistas eram organizadas de forma semi-estruturada e individualmente, foram gravadas e transcritas; foram realizadas no espaço do próprio CAJE.

O arquivo produzido nas entrevistas foi pensado como documento-monumento, como construção de uma peça analítica, datada historicamente, organizada e selecionada por meio de procedimentos históricos de tratamento documental. Assim, o material não era apenas um vestígio ou conjunto de

indícios a serem recuperados no campo da oralidade das entrevistas, pois era entendido como uma montagem e um recorte perspectivo de falas forjadas a partir de certo modo de problematização.

Veyne (1998) define práticas como aquilo que os homens fazem e afirma que estas produzem efeitos e se ancoram sempre em práticas vizinhas, que lhes são correlatas. Problematizar, tal como conceitua Deleuze (2005) é pensar por meio da colocação de problemas, da interrogação permanente das práticas sociais. Contudo, a proposta de se realizar perguntas sustenta-se em uma história do presente em termos de uma análise das relações de saber (práticas discursivas), de poder (práticas não-discursivas) e de subjetivação (a produção de modos de ser pelas práticas de poder-saber), conforme Lemos e Cardoso Jr. (2009).

De acordo com Foucault (1989) e Le Goff (2003), o historiador produz seus arquivos, trabalhando-os, selecionando-os, recortando-os em séries específicas e interferindo no manejo dos documentos entendidos como monumentos porque sempre alvo de um campo de lutas de saber-poder que os fez aparecer e ganhar visibilidade.

Desse modo, as entrevistas foram lidas e analisadas em recortes de séries, conforme o estabelecimento de perguntas do roteiro dos pesquisadores, sendo as seguintes: a) definição de adolescência; b) descrição do adolescente em conflito com a lei; c) motivos que consideravam ter levado o adolescente a entrar em conflito com a lei e d) o que pensavam os profissionais a respeito da execução da medida de internamento sócio-educativa.

3 ANÁLISE HISTÓRICO-GENEALÓGICA DAS SÉRIES

Quanto à descrição da adolescência é importante considerar que esse objeto é pensado nesse estudo pelas autoras como histórico e engendrado por práticas concretas no campo médico-psicológico, na virada do século XIX para o XX, conforme ressalta César (2008). Parte-se do pressuposto que nenhum objeto é natural e que sempre é efeito de práticas datadas que o constitui peça por peça, em um mosaico heterogêneo.

Todavia, os profissionais entrevistados não tinham essa leitura e naturalizavam a definição de adolescência, descrevendo-a enquanto uma fase de transição da infância para a vida adulta, em um processo de desenvolvimento físico e psicológico. O adolescente era descrito como faltante frente ao adulto

idealizado por uma cultura, sendo constituído como alguém que está entre parênteses por um período.

Também era concebido como estando em um momento complicado de turbulência, conturbações, conflitos e mudanças drásticas; além de ser pensado como: irritante, chato, que tem respostas na ponta da língua, curioso, rebelde, que gosta de aventura e liberdade. Além dessas conceituações, era apresentado por meio de um olhar biológico, em que a adolescência seria marcada por alterações hormonais e corporais com interferências em outras dimensões da vida do adolescente, tais como a prática do ato infracional. Outro discurso que foi recorrente nos discursos dos entrevistados se baseava em uma visão cultural da adolescência como ritual de passagem, perpassada por ritos e símbolos de resistência aos valores difundidos socialmente.

Para Almeida (2005), há ainda intensa difusão do pensamento do psicólogo norte-americano de Stanley Hall nos modos de objetivar a adolescência como uma fase de transição e como momento de transformações: físicas, hormonais, familiares e educacionais. Para essa autora, Hall teria contribuído para a construção de uma imagem negativa do adolescente.

Os psicanalistas argentinos Aberastury e Knobel, no livro “Adolescência normal” (1981) contribuíram de forma contundente para a produção dessa concepção negativa, também, pois, eles teriam intensificado a afirmativa de que a adolescência é uma fase em que traços psicopatológicos são materializados em condutas desviantes.

É importante ressaltar que os estudos mais críticos sobre a adolescência têm alertado que esta tem sido retratada como “idade do perigo” ou “idade problema”, “idade da rebeldia”, sendo naturalizada sobre a insígnia da crise e de preocupações políticas na gestão securitária, como delineiam as pesquisas realizadas por Almeida (2005).

Na série “o adolescente em conflito com a lei”, os profissionais relataram que este jovem era: fruto de vários problemas, não tendo cabeça boa e no lugar; problemático, que iria provavelmente voltar para o crime ao sair do internamento; sem uma vontade interna suficiente para não entrar no mundo do crime; sem interesse em melhorar e mudar; anormal; sem lei e limites; sem orientação; sem apoio e princípios familiares e sociais; que não compreende o que é errado; que está à mercê dos roubos e do uso de drogas; que não teve acompanhamento da escola e da sociedade; que opera os ritos de passagem da adolescência pela violência; que rouba pela emoção de transgredir e de se aventurar; que fez escolhas mal-sucedidas; que deseja estar por cima e

dominar as outras pessoas; é movido pela adrenalina em fazer a coisa errada; não quer se recuperar e precisa ser resgatado/reinserido na sociedade e que deveria ter oportunidades.

Praticamente, esses profissionais desacreditam na transformação destes jovens em função de uma proposta supostamente pedagógica da medida que estão cumprindo; produzem um olhar extremamente negativo, marcado pelo estigma e por uma desqualificação dos mesmos. Vale notar que Oliveira (2003) destacou como a visão do adolescente em conflito com a lei como problemático foi forjada no Código de Menores de 1927, sendo resultante do pensamento jurídico e psicopatológico de juristas, médicos e psicólogos, que criminalizavam com seus discursos a infância pobre, já no final do século XIX, no Brasil.

Essa visão jurídica foi acrescida de práticas racistas de cunho biológico e cultural, que ao final do século XIX impregnaram a concepção da criminologia, no âmbito das medidas de ossos, do crânio e do estudo do cérebro de sujeitos considerados desviantes (RAUTER, 2003). Além dessas, a neuropsiquiatria, psicanálise e psiquiatria foram saberes que constituíram parte desses estigmas do adolescente pobre como perigoso (DONZELOT, 1986). Também havia grupos na criminologia que adotavam o pressuposto de que a vivência em um suposto meio perigoso era um caldo da cultura do crime (COIMBRA e NASCIMENTO, 2003).

A idéia de que este adolescente tinha cabeça fraca e de que o conflito com a lei seria fruto de ausência de limites, de acompanhamento familiar e escolar como relatam os profissionais entrevistados aponta para uma definição herdeira desse pensamento da criminologia, relatado pelos autores supracitados.

Já, na série “motivos que fizeram os adolescentes entrarem em conflito com a lei” apareceram os seguintes discursos explicativos e causal-determinantes: ausência da família; pelo fato de pertencer a núcleos familiares distorcidos e corrompidos; por não ter uma boa educação familiar; por ser indisciplinado; pelo fato de ter sofrido violência na família; pela privação de afeto e de regras da família; por ser filho de famílias chefiadas por mulheres sem a presença paterna; pelo fato de viver em famílias de baixa renda; por morar nas periferias e de lugares de envolvimento com drogas e armas; porque são filhos de pais que vivem trabalhando e viajando de classe mais abastada também e filhos de mães depressivas que os agridem; pela influência das más amizades e do meio; que vivem em meio às brigas e da ausência de diálogo;

porque moram em comunidade vivendo em guerra e expostos à violência; porque não têm políticas públicas de assistência suficientes e básicas; pelo fato de não terem oportunidades; porque não se esforçam para trabalhar; por estarem sem moradia e sem escola.

Para analisar estas práticas, os estudos de Passeti (1987) são referência quando ele afirma que a família e a escola foram eleitas enquanto espaços privilegiados da formação da criança e do jovem no que tange ao aprendizado do respeito às regras e normas sociais, dos princípios de hierarquia da dignidade moral do trabalho. Desse modo, uma suposta ausência dessas agências opera como explicação reducionista em função desse modelo de sociedade que vê a família e a escola como instâncias principais de educação e controle disciplinar impeditivos de acesso ao crime e ao desvio supostamente.

No que tange a explicação do ato infracional apenas como fruto do livre-arbítrio ou como mera resposta a um suposto meio é posta em xeque pelos estudos de Volpi (1997; 2001), pois ele problematiza como é muito fácil e simplista deixar de lado um conjunto complexo de relações em proveito de explicações deterministas que culpam a família e individualizam o ato de infração.

Na visão de Pinheiro e Adorno (1993), o jovem é mais vitimado pela violência do que causador dela, sendo que o modelo produtor do jovem pobre como potencialmente perigoso tem sido um dos fatores sustentadores de práticas de extermínio de jovens pobres, no Brasil, segundo Oliveira (2003).

Coimbra e Nascimento (2003) assinalam especificamente sobre os efeitos do processo de medicalização das ações de jovens pobres, sobretudo, ao criarem o estereótipo de que há um perigo das ações desse grupo populacional por ter advindo de famílias classificadas como desestruturadas e comprometidas psicopatologicamente. Esses discursos médico-psicológicos são problematizados pelas autoras em pauta, que criticam esse viés explicativo das classes pobres como perigosas e problemáticas.

Coimbra e Nascimento (2003) ressaltam que as práticas que construíram a miséria como fruto da ociosidade, da indolência e de vícios pode ser analisada pelas lentes de demandas, em parte, de uma sociedade capitalista que criminaliza a pobreza.

A idéia de contágio em que famílias marginalizadas seriam marginalizantes também é questionada por Frontana (1999) ao criticar duramente essa visão que estigmatiza determinadas famílias e seus membros como possíveis veículos do crime como contágio.

O estudo de processos de adolescentes que se envolveram em atos infracionais, apontou que tanto os adolescentes quanto os seus responsáveis eram investigados. Nos discursos que ele pesquisou nestes documentos, a mãe era vista como a principal culpada e responsabilizada pelos atos de seus filhos, configurando um estereótipo de gênero demarcador do lugar proposto para a mulher e mãe na família (CIARALLO, 2004).

A última série analisada foi “como os profissionais entrevistados descreviam a medida sócio-educativa de internamento e os objetivos de seu trabalho neste estabelecimento”. Para eles, o internamento era uma marca de exclusão social, produzia revolta; alguns viam o espaço de cumprimento da medida como lugar de regalias que os jovens nunca tiveram antes e se lamentavam de que o Estado aparecesse de forma efetiva apenas nesse momento e não preventivamente; muitos afirmavam que os jovens viviam em um mundo no estabelecimento de proteção que não teriam ao sair, o que potencializava o possível retorno àquele equipamento social; um entrevistado entendia o internamento como uma vingança e punição/castigo, defendendo a justiça retributiva como ideal nesse caso; o trabalho pedagógico não era muito contemplado no cotidiano do CAJE e era visto como regalia pelos profissionais; definiam a internação como momento de disciplina e de aprender a fazer as coisas certas para que o adolescente pudesse sair dali; os entrevistados descreviam o trabalho realizado na medida como tratamento, resgate, ressocialização, recuperação e disciplina dos jovens.

As pesquisas de Foucault, em “Vigiar e Punir” (1999) são interessantes para interrogar essas práticas de disciplina, de castigo reabilitador, de gestão das ilegalidades como correção dos corpos e vingança, em defesa da sociedade. Tornar os jovens úteis e dóceis parecia ser o principal anseio dos trabalhadores entrevistados, que atuavam no CAJE.

Concepções de correção, de moralização, de ressocialização, de punição reabilitadora, de resgate e de recuperação apontam para a heterogeneidade de saberes que sustentam as práticas de profissionais com jovens que cometeram atos infracionais, como: o Direito, a Medicina, a Psicologia, a Psiquiatria, a Pedagogia e a Assistência Social. Esses saberes são articulados nesses objetivos de um atendimento de medida sócio-educativa, conforme os discursos dos entrevistados corroboravam de forma tácita.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES PROVISÓRIAS

Finaliza-se este artigo na tentativa de contribuir para a discussão da medida sócio-educativa de internamento como prática social e punitiva, que marca sua clientela com rótulos e culpa a família e o meio de vida dos jovens como motivadora da entrada em conflito com a lei.

A criminalização da pobreza e a medicalização da mesma operam como fatores explicativos para os profissionais entrevistados do ato infracional de jovens. Esses técnicos também definem a adolescência como período propício aos desvios e transgressões sociais, em uma visão negativa da população juvenil, que sustenta as práticas desses agentes no interior da medida de internação no CAJE.

Saberes e poderes entram em cena nesse equipamento social, forjando a subjetividade infrator e suas supostas características como frutos de uma biografia de infâmias e de turbulências potencializadas em uma suposta fase específica do desenvolvimento humano, em um modo de compreensão de uma tradição secular da criminologia e médico-psicológico.

Fazer a crítica dessas práticas por meio da escrita de sua história é um ato ético e político que foi empreendido no campo dessa pesquisa. Objetivava-se dar visibilidade nesse artigo a esta realidade na expectativa de que ela seja coloque em xeque.

ABSTRACT: This article aims to analyze through a historical work practices of professionals engaged in fulfillment of a unit of socio-educational measure of internment has been holding in a specific study as an end to psychology course in questioning these practices in Center for Specialized Treatment of Juveniles (CAJE), the Federal District. We conducted semi-structured interviews with professionals in the property above, which were taped, transcribed and analyzed by resorting to the contributions of Michel Foucault and authors who have researched the topic of youth in conflict with the law. The results have spotted that the practices are as young adolescents in conflict with the law as being in crisis; turbulence; to be poor and come from families that do not give them discipline and limits, to suffer from the influence of the environment of friends until community where he resides, for growing up amid violence, for not attending school and being at the mercy of biological and psychological changes. We conclude the article with the questioning of such practices and their questioning.

KEYWORDS: Youth. Socio-educational measure of internment. Professional practices.

REFERÊNCIAS

ABERASTURY, A. & KNOBEL, M. *Adolescência normal*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

ALMEIDA, A. M. O. Adolescentes em manchete (policial). In: PAVIANI, A.; FERREIRA, I.C.B.; BARRETO, F.F.P. (Orgs.) *Brasília: dimensões da violência urbana*. Brasília: UNB, 2005, p. 218-249.

CÉSAR, M. R. *A invenção da adolescência no discurso psicopedagógico*. São Paulo: UNESP, 2008.

CIARALLO, C.R.C.A. *A justiça em conflito com a lei: retratos do adolescente no processo judicial*. 2004. 153 f. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Universidade de Brasília, 2004.

COIMBRA, M.C.B.; NASCIMENTO, M. L. Jovens pobres. O mito da periculosidade. In: FRAGA, P.C.P.; LULIANELLI, J.A.S. (Orgs.) *Jovens em tempo real*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 19-37.

DELEUZE, G. *Foucault*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

DOZNELOT, J. *A polícia das famílias*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

FOUCAULT, M. *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. *Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRONTANA, I. C. R. C. *Crianças e adolescentes nas ruas de São Paulo*. São Paulo: Loyola, 1999.

LE GOFF, J. *História e Memória*. Campinas: UNICAMP, 2003.

LEMOS, F.C.S.; CARDOSO JR, H. R. A genealogia em Foucault: uma trajetória. *Psicologia & Sociedade*, 21(3), p. 353-357, 2009.

OLIVEIRA, S. O Estado contra os jovens. *Verve*. São Paulo, Vol. 3, N. 3, 2003.

PASSETTI, E. *O que é menor*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

PINHEIRO, P. S.; ADORNO, S. Violência contra crianças e adolescentes, violência social e Estado de direito. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, v. 7, n. 01, 1993.

RAUTER, C. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan/ Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

VEYNE, P. “Foucault revoluciona a história”. In: *Como se escreve a história*. 4. ed. Brasília/DF: UNB, 1998.

VOLPI, M. *O adolescente e o ato infracional*. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. *Sem liberdade, sem direitos: a privação de liberdade na percepção do adolescente*. São Paulo: Cortez, 2001.



AÇÕES DE RETIFICAÇÃO DE REGISTROS PÚBLICOS DO PROGRAMA MINISTÉRIO PÚBLICO E A COMUNIDADE NO BAIRRO DO TELÉGRAFO EM BELÉM-PA (2007–2008): UMA QUESTÃO DE CIDADANIA E RESPONSABILIDADE

Silvanir Lebreiro da Silva Santos¹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo discorrer, a partir de dados estatísticos e da vivência como estagiária do atendimento jurídico promovido pelo CESUPA no Programa “*Ministério Público e a Comunidade*”, sobre Ações individuais de Retificações de Registros Públicos que assolam o Judiciário paraense e da relevância do Programa “*Ministério Público e a Comunidade*”. Conforme dados da pesquisa, o que motiva a crescente demanda de ações de retificação de registro público é a correção de dados pessoais em Certidões de Nascimento, muitas vezes, em decorrência de erros cuja responsabilidade é atribuída aos Cartórios de Registros Públicos, problema que urge solução por parte do Poder Público a fim de garantir a plena cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Programa Ministério Público e a Comunidade. Registros Públicos. Ações de Retificação. Responsabilidade dos Cartórios de Registros Públicos.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PROGRAMA MINISTÉRIO PÚBLICO E A COMUNIDADE: O LOCAL PESQUISADO. 2.1 **Histórico**. 3 EXPERIÊNCIA NO LOCAL PESQUISADO E DADOS COLETADOS. 4 DIFICULDADES RELACIONADAS AO REGISTRO PÚBLICO NO ESTADO DO PARÁ. 5 DO FUNDAMENTO JURÍDICO DO REGISTRO PÚBLICO E DA AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. 5.1 **Registro Público**. 5.2 **Do Registro de Nascimento e da Possibilidade de Retificação**. 6 A LEI 8.935/94 - LEI DOS CARTÓRIOS. 7 A RESPONSABILIDADE DOS CARTÓRIOS COMO HIPÓTESE LEVANTADA. 7.1 **Responsabilidade dos Prestadores de Serviços Públicos**. 8 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 8.1 **Ação Civil Pública e o Papel do Ministério Público**. 9 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Aluna do Curso de Graduação de Direito do CESUPA – Centro Universitário do Pará.

1 INTRODUÇÃO

O Registro Público formaliza a personalidade do sujeito de direito² a partir do nascimento, permeando toda vida civil, e é exteriorizada por meio do registro e da respectiva certidão de atos relevantes, elencados pela Lei nº 6.015/73, que regulamenta matéria no âmbito jurídico.

Conforme preceitua o art. 5º da Constituição Federal de 1988³, a personalidade é direito fundamental do cidadão, mas sua existência jurídico-política se consolida com o Registro Público. Neste aspecto, a cidadania⁴ perpassa pela emissão da certidão do registro público de nascimento, e, conseqüentemente, pelos demais documentos públicos da vida civil, como carteira de identidade, título de eleitor, cadastro de pessoa física, entre tantos outros, que nos permitem ter acesso à educação, saúde, participação política e prática de atos da vida civil.

Assim, uma pessoa que não possua o registro de nascimento⁵ ou que nele conste algum equívoco, encontra-se impossibilitado de exercer a plena cidadania. Nesse sentido, somente por meio de ação judicial de emissão de certidão extemporânea⁶ no primeiro caso, e de retificação de registro público na segunda hipótese é que se busca o resgate de sua cidadania.

Tais ações podem ser propostas individualmente, por meio de advogado particular, pela defensoria pública, e também pelo atendimento jurídico

² Segundo Campos (2001), a personalidade é a capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil. É indissociável da pessoa humana, ainda que os positivistas mais ortodoxos tenham querido vê-la como simples decorrência jurídico-normativa.

³ Art. 5º. Todos são iguais perante a Lei, sem, distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

⁴ Segundo Herkenhoff (2004, p. 19), “cidadania representa, antes mesmo de uma qualidade, um estado de consciência que deve ser adquirido pelo povo e, nesse sentido, a cidadania é o resultado de uma efetiva integração social do indivíduo em termos de direitos sociais, econômicos, etc.”

⁵ A falta do Registro de Nascimento é um fator agravante de exclusão social, pois sem registro de nascimento um indivíduo simplesmente não existe oficialmente, vendo-se impossibilitado de gozar das prerrogativas mais básicas de cidadania. Só para exemplificar, a pessoa não conta nas estatísticas populacionais para repasse de verbas públicas ao Estado e ao Município. O *sub-registro* consiste na não efetivação do registro civil até os primeiros 45 dias de vida. Esta situação foi sensivelmente atenuada com a aprovação da Lei nº 9534 de 10 de dezembro de 1997, que determinou a gratuidade universal do registro de nascimento. Antes desta lei, o registro de nascimento gratuito era possível apenas para pessoas “reconhecidamente pobres”, todavia, a prova de pobreza era subjetiva e, freqüentemente, humilhante para o requerente, desincentivando o registro.

⁶ A ação de emissão extemporânea de certidões não foi alvo da pesquisa que culminou com o presente artigo. Vale ressaltar que o Programa Ministério Público e a Comunidade deixou em 2007 de atender demandas dessa natureza em razão de não contar com fundo estadual para custear a emissão da certidão junto aos Cartórios de Registros Públicos. Para saber mais sobre o fundo estadual remeto o leitor para a Lei Estadual nº 6.831/2006.

gratuito de instituições de ensino jurídico, conveniadas ou não ao Programa Ministério Público e a Comunidade.

Todavia, o presente artigo parte de dados colhidos e da experiência vivida no atendimento e orientação jurídica, prestada por acadêmicos e docentes do curso de direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA), junto ao Programa Ministério Público e a Comunidade na cidade de Belém-PA, que atende pessoas de baixa renda da comunidade do bairro do Telégrafo, nos anos de 2007 a 2008.

No local pesquisado, percebeu-se grande incidência de Ações de Retificações de Registros Cíveis de pessoas naturais por equívocos cometidos por funcionários dos Cartórios de Registros Públicos, que causam inúmeros transtornos ao cidadão, impossibilitando-os de realizar matrículas escolares, ingressar no mercado de trabalho, receber assistência médica e remédios do Sistema Único de Saúde, emitir carteira de identidade, entre outros empecilhos à plena cidadania.

A partir da verificação de que a maior parte das ações ajuizadas se refere a pedidos de retificação de registro civil em razão de equívocos dos cartórios de registros públicos, e que tais ações que assoberbam o Judiciário poderiam ser evitadas ou minimizadas, iniciou-se um estudo sobre a ação de retificação de registros públicos e a possibilidade de responsabilização dos cartórios de registros públicos.

A primeira parte deste artigo versa sobre a relevância do Programa “Ministério Público e a Comunidade”; minha experiência como estagiária; coleta de dados estatísticos de ações ajuizadas; e informações a respeito das dificuldades do registro público no Estado do Pará, colhidas por meio de entrevistas com autoridades. A seguir, passo a analisar a Lei de Registros Públicos no que pertine ao conceito, os requisitos e à possibilidade de retificação de registro público. Por fim, enfrento a Lei dos Cartórios, com o intuito de buscar uma hipótese de responsabilização dos cartórios por equívocos nos registros públicos.

2 PROGRAMA MINISTÉRIO PÚBLICO E A COMUNIDADE: O LOCAL PESQUISADO

Não se poderia falar do Programa “Ministério Público e a Comunidade” sem dizer que a iniciativa parte da pessoa da instituição independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a qual a Constituição Federal

de 1988, nos artigos 127 a 129, atribuiu o papel de defensor da cidadania, da sociedade, garantidor da ordem jurídica e do regime democrático. Nesse sentido, são funções institucionais do Ministério Público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - 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;

(...)

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

(...). (BRASIL, Constituição, 1988, Art. 129).

No Pará, o Ministério Público foi criado em 17 de setembro de 1965, como parte da administração direta do Estado. A estrutura inicial sofreu alterações em 1969. Já em 1982 foi sancionada a Lei Complementar 001/82, Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, substituída pela Lei Complementar nº 057/2006, atualmente em vigor.

Para o Ministério Público do Estado do Pará, instituição que implantou o Programa “*O Ministério Público e a Comunidade*”, o artigo 127 da Constituição Federal de 1988 destaca que a cidadania é um dos fatores de expressão máxima de um Estado Democrático de Direito, o que torna mais forte o conceito do “*Parquet*” como guardião da sociedade.

Dessa forma, a relevância do Programa do Ministério Público está em consonância com o combate ao sub-registro, bem como ao reconhecimento de paternidade extrajudicial e na possibilidade de propiciar à população carente maior acesso à Justiça.

2.1 Histórico

O Programa “*O Ministério Público e a Comunidade*”, foi concebido em Novembro de 1998, a partir de uma avaliação interna do “*Parquet*” que

verificou a necessidade de uma maior proximidade do Ministério Público com a comunidade no sentido de que pudesse ofertar os serviços, principalmente à população mais carente.

Segundo o Ministério Público do Estado do Pará (1998), a idéia central do programa é deslocar membros do Ministério Público para bairros e regiões periféricas da cidade. O primeiro bairro a ser contemplado pelo projeto foi o bairro do Jurunas, pois reunia condições ideais para a execução do mesmo, selecionando, mais tarde outros bairros que também necessitavam da implantação deste programa (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, 2008).

Para o Ministério Público do Estado do Pará (1998), o programa está dividido em três fases:

– 1ª Fase: Intensiva

Esta fase precede de outras atividades do diagnóstico sócio-econômico da localidade onde se vai realizar o programa, a questão da estrutura dos serviços que são prestados pelo poder público e pela sociedade civil organizada, para que possa visualizar a situação que nos esperar e o que vai se encontrar com a efetivação do programa. A partir desse levantamento sócio-econômico que vê a situação da localidade, as parcerias, o espaço físico que se pode utilizar, a identificação da comunidade que tem um papel importante no desenvolvimento do programa, se faz o levantamento das entidades organizadas existentes naquele bairro, ou quando se vai para um município do interior levanta-se as entidades organizadas existentes naquele municípios, são associações. Fazendo a identificação da comunidade, se faz um convite para uma reunião que vai propor a realização do programa nessa comunidade.

– 2ª Fase: Permanente

Nesta fase, estabeleceram-se os núcleos de atendimentos permanentes, dentre eles destaca-se o núcleo na Igreja do Perpétuo Socorro, que funcionava, inicialmente, uma vez por semana e atualmente funciona a cada quinze dias por núcleo.

A equipe do programa é formada por três técnicos especializados, dois assessores, dois auxiliares administrativos, além dos estagiários. Entretanto, para se dar continuidade, visto que a dimensão do projeto é grande, algumas parceiras foram celebradas, a saber:

- Tribunal de Justiça do Estado;
- Instituto de identificação da Polícia Civil;
- Cartórios de Registros Públicos de Belém e Ananindeua (PA);

- Cartório de Registro de Imóveis e notas de Ananindeua;
- Ordem dos Advogados do Brasil;
- Delegacia Regional do Trabalho e emprego;
- Universidade Federal do Pará;
- Universidade da Amazônia;
- Centro Universitário do Pará;
- outras entidades que poderão vir a ser conveniadas.

Vale ressaltar que estas parcerias podem ser feitas tanto com órgãos governamentais como os não governamentais.

O objetivo principal do projeto é facilitar o acesso da população, principalmente a de baixa renda, aos serviços do Ministério Público, diretamente na comunidade. O programa preza pela qualidade de vida e pela cidadania do seu público alvo.

O programa conta com estes serviços oferecidos:

- Atendimento jurídico e judiciário gratuitos: defesa de interesses coletivos (saúde, educação, meio ambiente, segurança); defesa da criança e do adolescente, do consumidor, da segurança do trabalhador, do idoso e dos portadores de necessidades especiais;

- Orientações Previdenciárias; e

- Emissão de documentos: Certidão de Nascimento (1º e 2º vias), Carteira de Identidade, Carteira de Trabalho e Promoção Social (CTPS).

Observamos que o atendimento jurídico no programa o Ministério Público e a Comunidade levam em conta a pessoa exercendo a sua cidadania. O maior número de ações reclamações no atendimento diz respeito a erros em registros civis, seja por equívoco do cartório, que não lê, ou por equívoco do próprio cidadão, que ao receber seu registro não lê, ou seja, por fator cultural que se deixa uma pessoa viver anos e anos sem exercer sua cidadania através do registro público.

- 3ª Fase: Específica

Nesta fase se prioriza a defesa do interesse difuso e coletivo, onde se fazem reuniões com as lideranças que são identificadas no início e as mesmas relatam quais as principais dificuldades que elas têm a nível coletivo difuso, sendo assim nestas reuniões se decide as prioridades, pois surgem problemas de toda ordem, como: segurança, educação, transporte, drogadição e a partir dessa identificação que, junto com a comunidade, se direciona para tentar solucionar o que é mais urgente.

3 EXPERIÊNCIA NO LOCAL PESQUISADO E DADOS COLETADOS

No ano de 2006, segundo semestre, ingressei no Programa o *Ministério Público e a Comunidade* como estagiária voluntária de Direito do CESUPA, tendo como orientadora a Professora Emília Farinha. Logo de início, o programa chamou muito minha atenção, pois passei a conviver de perto com pessoas que estavam longe do acesso a direitos fundamentais de inclusão social, pois se trabalha com uma comunidade carente de tudo, inclusive de orientação, o que, em muitas vezes, não demanda uma ação judicial, apenas ouvir e informar as pessoas da comunidade e resolver conflitos intersubjetivos.

A partir de 2007, sob orientação da professora Ione Missae Nakamura, fui convidada a participar como estagiária fixa⁷ e logo aceitei, pois esse contato com a comunidade me enriqueceu profundamente, tanto no aprendizado jurídico e, principalmente, no lado humano, haja vista que tem proporcionado vivência de grande valia para minha carreira jurídica, pois me possibilitou experiências práticas com atuação contínua de extrema relevância acadêmica.

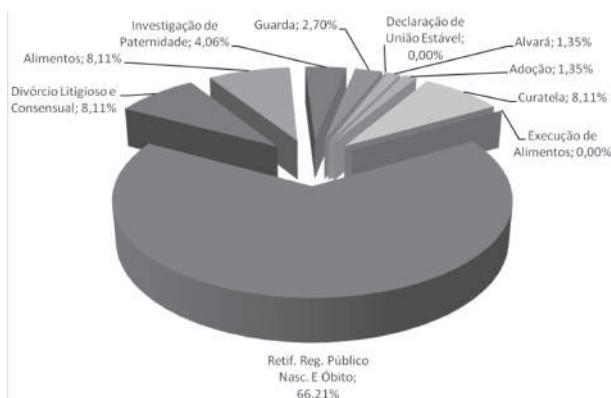
No decorrer do estágio verifiquei a cada plantão a necessidade de aprimorar mais, a fim de melhor atender a comunidade no âmbito social, com o intuito de melhor esclarecer a população que nos procura e, com isso, diminuir a distância entre o cidadão e seu acesso ao Judiciário⁸.

A partir de experiências de atendimento ao público, acompanhamento de processos, relatórios apresentados e ações ajuizadas, tais como Divórcios Litigiosos, Consensuais, Guardas, Curatelas, Retificações de Registros, Alvarás para Certidões Extemporâneas, Alvarás com outros pedidos, constatee nos relatórios estatísticos (Figuras 1 a 3) que o maior número de ações é proveniente da Lei nº 6.015/73 - Lei de Registros Públicos. Muitos estão com dificuldades em suas vidas em função desses registros que, a meu ver, são dificuldades assustadoras, pois sua cidadania começa a partir de seu registro, não sendo possível levar suas vidas normalmente.

⁷ Como estagiária fixa as atividades por mim desempenhadas envolvem o acompanhamento de processos e verificação de todo o trâmite processual, ou seja, desde a petição inicial até a sentença ou ofício dos juizados; emissão de relatórios referentes ao atendimento jurídico e encaminhamento para os órgãos competentes; elaboração de petições, sob revisão do professor orientador.

⁸ Gaovilla (2006) afirma que o acesso à justiça no mundo está presente desde a Antiguidade, a partir da garantia de defensores para os pobres. Para Capelletti (1998, *apud* GAOVILLA, 2006, p. 24), o “Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”. Dessa forma, para o autor, o direito de acesso à justiça pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos, não sendo apenas um direito social fundamental, mas o ponto central da moderna processualística. Nesse contexto, o Estado é o responsável pelo cumprimento do direito de acesso à justiça que, segundo Torres (2005, p. 19), nesse direito é representado pelo poder Judiciário, integrante do Estado, e com a missão de prestar jurisdição, “representando para a sociedade uma porta fundamental de acesso à esperança de uma resposta ao direito ferido”.

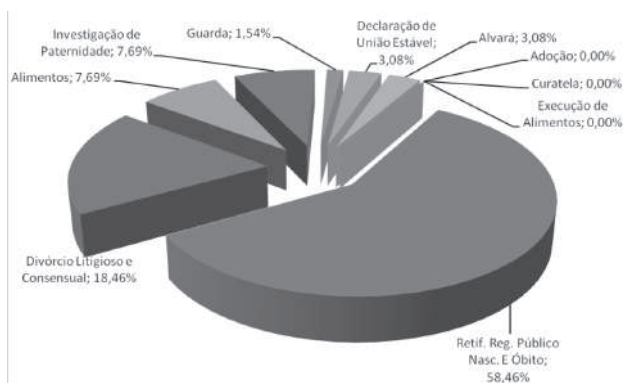
Figura 1 – Ações Ajuizadas 1º Semestre/2007



Fonte: Dados da pesquisa feitos pela autora, 2008.

Observa-se, conforme a Figura 1, que as ações de Retificação de Registros de Nascimentos e Óbitos representam 66,21% do total de ações ajuizadas, dessa forma, representando um elevado número de ações em busca da regularização de dados constantes do Registro que a busca do acesso à Justiça visa o acerto de erros e/ou a complementação de dados, sem os quais o cidadão vive inúmeros transtornos em sua vida civil.

Figura 2 – Ações Ajuizadas 2º Semestre/2007

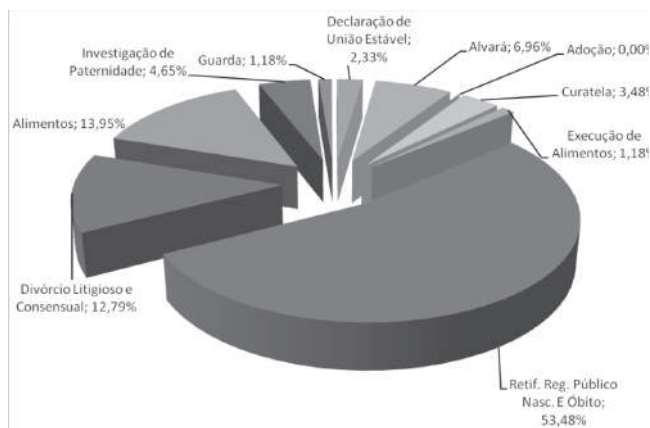


Fonte: Dados da pesquisa feitos pela autora, 2008

Do mesmo modo, a Figura 2 representa uma mesma situação no alto número de ações de Retificação de Registros de Nascimentos e Óbitos (58,46%), percentual que representa mais da metade do número de ações

impetradas pelos cidadãos que buscam a garantia de direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988.

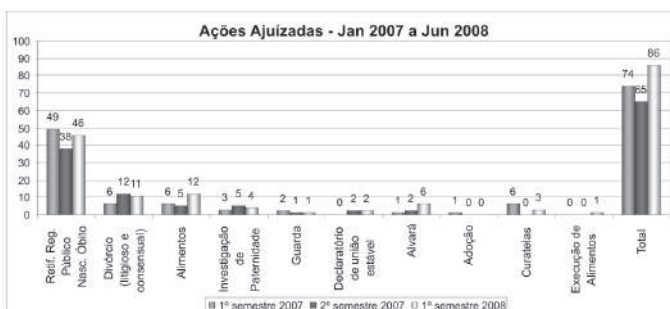
Figura 3 – Ações Ajuizadas 1º Semestre/2008



Fonte: Dados da pesquisa feitos pela autora, 2008

A Figura 3, embora apresente queda no percentual de Ações de Retificação do Registro de Nascimentos e Óbitos em relação ao primeiro semestre do ano de 2007, observa-se a prevalência desse tipo de ação na busca de acesso à Justiça, conforme se verifica na Figura 4:

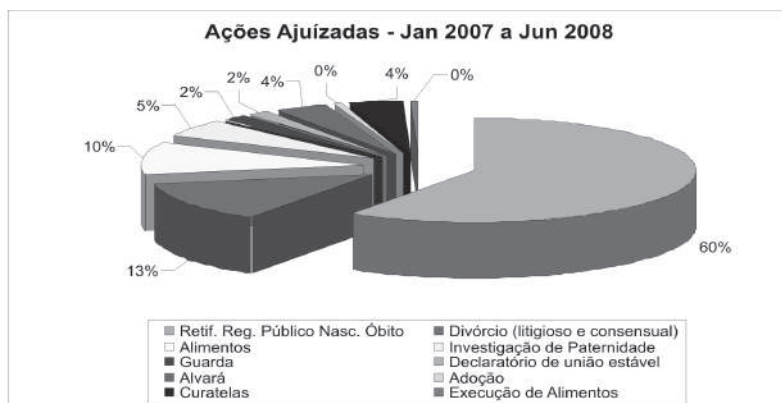
Figura 4 – Ações Ajuizadas Jan 2007 a Jun 2008



Fonte: Dados da Pesquisa feitos pela autora, 2008.

Assim, comparativamente, verifica-se a prevalência de Ações de Retificação de Nascimentos e Óbitos no período de janeiro de 2007 a julho de 2008, de acordo com o que demonstra a Figura 5:

Figura 5 – Ações Ajuizadas Jan 2007 a Jun 2008



Fonte: Dados da Pesquisa feitos pela autora, 2008.

4 DIFICULDADES RELACIONADAS AO REGISTRO PÚBLICO NO ESTADO DO PARÁ

Diante dos resultados estatísticos apresentados acima, observa-se que o Estado do Pará, além dos problemas com ações de retificação de registros públicos, conta com graves problemas que levam ao aumento dessas estatísticas, ressaltando-se que as principais dificuldades são:

- As nomeações para as serventias não existem mais, há de se prestar concurso público e ser bacharel em direito; no entanto, os titulares atuais tem sua delegação vitalícia. Isso significa que somente após o óbito é que se prestará concurso público para a continuidade do ofício. No interior, a situação é mais delicada, pois quando os titulares vitalícios dessas serventias evoluírem a óbito, tais cartórios deixarão de existir.

- As pessoas qualificadas que passam em concursos públicos recusam-se a serem lotadas no interior do Estado, assim como as pessoas que são contratadas pelas serventias não possuem cuidados básicos para examinar a documentação que os solicitantes levam ao cartório;

- O desconhecimento sobre a Lei nº 6.015/73; a ausência de treinamento e capacitação dos colaboradores dos cartórios associado à dificuldade de manutenção dos Cartórios, pois a maioria dos assentos registrados (nascimentos e óbitos) é gratuita à população de baixa renda;

- Ausência de um banco de dados único, fato que permite a demanda de mais de um registro público no país. O que inviabiliza a opção de um banco

de dados único são as condições do interior de muitos Estados da Federação. Existem municípios no Estado do Pará que, além da dificuldade de acesso, somente possuem energia elétrica a motor, sendo assim não se pode contar com outras tecnologias como a internet.

O ideal, de acordo com o Ministério Público do Estado do Pará (2008)⁹, seria a implementação de um registro único em todo o Brasil para que a pessoa pudesse, no seu assento de nascimento, registrar todas as alterações de sua vida, o que evitaria que pessoas com condenação judicial, que não possuem registro civil, solicitem outro registro.

Ressalta-se, também, a incidência de pessoas que se dirigem aos cartórios para registrar nomes ilógicos e que expõem os registrandos ao ridículo, é freqüente, sendo que os funcionários dos ofícios as registram. Todavia, a Lei nº 6.015/73 não autoriza tal registro de nomes ilógicos ou ridicularizadores; inclusive, quando a parte não se conformar com a recusa em registrar aquele nome, o serventuário tem o dever de comunicar ao juiz a respeito da recusa para que o mesmo decida sobre a questão.

Observa-se que muitas pessoas declaram falsamente a paternidade visando o registro de crianças que biologicamente não são seus filhos, caracterizando um fenômeno conhecido como “adoção à brasileira”.

O Ministério Público local afirma, ainda, que o Estado do Pará é o segundo com maior índice de sub-registro. O Estado do Amazonas ocupava o primeiro lugar, porém, já vem solucionando seus problemas, pois a maioria da população se concentra na capital, o que facilita o trabalho dos cartórios de registro público. No entanto, no Pará, temos a comunidade de Cururu, em Jacareacanga, cujo acesso ocorre somente por helicóptero e onde 90% da população é indígena, registrando-se que a possibilidade de instalação de cartórios é praticamente impossível, então, a resolução desses problemas está longe do seu final.

Para o Ministério Público (2008), a serventia pode ser responsabilizada por erros de seus funcionários, porém, tem que se provar o dano e a dimensão do prejuízo que o solicitante sofreu. Os cartórios agem por delegação do Estado, no entanto, há de se deixar claro que quem age por delegação é o titular da serventia e não os funcionários contratados pelos titulares. Todavia, há cartórios que se preocupam em qualificar seus funcionários para evitar os problemas já citados.

⁹ Dados obtidos a partir de entrevistas pessoais concedidas por Promotores, em 19 de março de 2008 no âmbito do Ministério Público do Estado do Pará.

As ações de retificação ocorrem mais no interior do que na capital e, nesse sentido, o Ministério Público do Estado do Pará (2008) cita uma localidade conhecida como Rio Atatá, em Muaná, possuidor de um cartório que sofreu intervenção a partir da qual os livros foram levados para a sede do município, com isso o índice de pessoas que não solicitavam registro aumentou consideravelmente, agravando o problema nessa comunidade.

Destaca-se que as inúmeras dificuldades apontadas não são objeto de estudo neste artigo e nem podem servir de motivo para justificar os equívocos recorrentes nos registros públicos que prejudicam o cidadão e a cidadania.

5 DO FUNDAMENTO JURÍDICO DO REGISTRO PÚBLICO E DA AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

5.1 Registro Público

Registro Público é uma expressão jurídica que designa o assentamento dos fatos da vida de um indivíduo, tais como o nascimento, o casamento e a morte. Também são passíveis de registro civil as interdições, tutelas, adoções, pactos ante-nupciais, exercício do poder familiar (chamado de pátrio poder no antigo Código Civil de 1916 do Brasil) e a opção de nacionalidade, entre outros fatos que afetam diretamente a relação jurídica entre diferentes cidadãos.

No Brasil, desde o seu início, o registro civil configura-se como um serviço público delegado a entes privados responsáveis pelos *Cartórios do Registro Civil*. Até 1988, com a promulgação da Constituição Federal atualmente em vigor, os cartórios eram cedidos de forma vitalícia e hereditária pelo governo da União (mais recentemente pelos estados da federação) a personalidades ilustres da sociedade como forma de barganha política e também como meio de controle social.

Hordienamente, o registro civil é oficialmente apresentado sob o nome de *Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais*, sendo os oficiais indicados por concurso público¹⁰.

Entretanto, observa-se que na atualidade o registro civil no Brasil é normatizado pela Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, intitulada “Lei dos Registros Públicos”, ressaltando-se que, apesar de todo o avanço tecnológico e a modernização administrativa verificada na gestão pública, a referida lei

¹⁰ De acordo com a Lei dos Cartórios, os cartorários que foram nomeados até a Constituição Federal de 1988 são vitalícios.

ainda não sofreu revisões e atualizações, a nosso ver, necessárias em vista da evolução social que o Direito deve acompanhar.

A Lei nº 6.015, de 31/12/1973, em seus artigos, dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Em seu art. 1º diz:

Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

§ 1º Os Registros referidos neste artigo são os seguintes:

I - o registro civil de pessoas naturais;

II - o registro civil de pessoas jurídicas;

III - o registro de títulos e documentos;

IV - o registro de imóveis.

§ 2º Os demais registros reger-se-ão por leis próprias. (BRASIL, 1973, Art. 1º).

5.2 Do Registro de Nascimento e da Possibilidade de Retificação

Neste item, analisam-se os elementos que compõe o Registro Civil de Nascimentos, segundo o artigo 54 da Lei nº 6.015/73, *in verbis*:

Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:

1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;

2º) o sexo do registrando;

3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;

4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;

5º) a declaração de que nasceu morta, ou que morreu no ato ou logo depois do parto;

6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;

7º) os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal;

8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;

9º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento.

(BRASIL, 1973, Art. 54).

Todavia, se ocorrer algum equívoco por parte do cartorário quanto ao que determina tais artigos, a própria Lei de Registros Públicos prevê a solução. Assim, a Lei nº 6.015 de 31/12/1973, em seus artigos 109 e seguintes, abre a possibilidade de retificação dos registros que, porventura, venham maculados por erros, conforme se pode observar:

Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório. (BRASIL, 1973, Art. 109).

Em virtude disso, a maioria dos requerentes é forçada a ajuizar ação com pedido de retificação de registro público, a fim de corrigir a grafia de seus nomes, retificando prenomes e patronímicos constantes de suas certidões e adequando-as àquelas de seu ascendente comum. Contudo, observa-se que um grande número de ações desta espécie é impetrada na mesma comarca, ou melhor, na comarca escolhida ao bel prazer do demandante. Os advogados dos requerentes costumam justificar isto se baseando no fato de que a competência territorial é relativa, não podendo o juiz reconhecê-la, nem o Ministério Público excepcioná-la de ofício. (COSTA, 2006).

A Lei nº 6.015/73, a partir do artigo 109, traça com perfeição todo o rito necessário para uma eventual necessidade de se retificar ou suprir um assentamento civil. Assim, havendo erro no registro civil, deve ser corrigido, para que se ponha em harmonia com o que é certo, para que a pessoa natural não tenha problemas em exercer sua cidadania (FONSECA, 2006).

6 A LEI 8.935/94 - LEI DOS CARTÓRIOS

No âmbito constitucional, é competência privativa da União legislar sobre registros públicos, conforme art. 22, XXV, sendo, dessa forma, a Lei Federal nº 8.935/94, regulamentadora do artigo 236 da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro.

As atividades notariais têm como objetivo garantir a autenticidade, publicidade, segurança e eficácia, impossibilitando, assim, o usufruto indevido de registros civis de pessoas naturais, jurídicas, de títulos, documentos e imóveis.

Observa-se que os registros civis de pessoas naturais não estão sujeitos a adiamento, gerando certidões datadas no dia do lavramento, podendo ser digitadas, datilografadas ou manuscritas sem menções de legitimidade ou dados inerentes, salvo caso de requerimento do interessado ou de ordem judicial.

O oficial de registro tem a obrigação legal de proceder aos exames formais dos títulos que lhes são apresentados. Esta atividade admite a análise

do título unicamente sob o ponto de vista de sua autenticidade e legalidade, não podendo o oficial, transcender sua competência exclusivamente administrativa.

Os cartorários têm fé pública atribuída constitucionalmente e atuam como representantes do Estado em sua atividade profissional. A fé pública é atribuída por lei e atesta a certeza e a verdade dos assentamentos que o notário e oficial de registro pratiquem e das certidões que expeçam nessa condição, com as qualidades referidas no art. 1º da Lei nº 8.935/94, quais sejam: publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Esta lei regulamenta o artigo 236 da Carta Maior, dispondo sobre serviços notariais e de registro, mais conhecida como Lei dos Cartórios.

Como já mencionado, os serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Para abertura de cartórios há a necessidade de se fazer concursos públicos, segundo a lei dos notários e registradores de 1994. Depois de aberto o concurso, o Tribunal nota que não há possibilidade de ter uma serventia naquela localidade, pois não se apresentam pessoas para prestarem o concurso devido à distância e à viabilidade econômica, já que as pessoas dessa localidade só solicitam registros civis, que é gratuito para a população reconhecidamente pobre, quase a totalidade da comunidade.

Os profissionais que estão aptos a esses serviços são: notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, que, graduados em direito, são dotados de fé pública, e a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. O artigo 4º diz que:

Art. 4º. Os serviços notariais e de registro *serão prestados, de modo eficiente e adequado*, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, *em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos*.

§ 1º O serviço de registro civil das pessoas naturais será prestado, também, nos sábados, domingos e feriados pelo sistema de plantão.

§ 2º O atendimento ao público será, no mínimo, de seis horas diárias. (Grifos nossos).

(BRASIL, 1994, Art. 4º).

Esta lei dispõe sobre o ingresso na Atividade Notarial e de Registro nos artigo 14 e 15, a saber:

Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos:

I - habilitação em concurso público de provas e títulos;

II - nacionalidade brasileira;

III - capacidade civil;

IV - quitação com as obrigações eleitorais e militares;

V - diploma de bacharel em direito;

VI - verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

Art. 15. Os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador.

§ 1º O concurso será aberto com a publicação de edital, dele constando os critérios de desempate.

§ 2º Ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro. (BRASIL, 1994, Art. 14º).

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade dos cartórios, considerando-se o exercício de suas atribuições, envolve atendimento eficiente e adequado e, ainda, sua instalação em local de fácil acesso ao público.

7 A RESPONSABILIDADE DOS CARTÓRIOS COMO HIPÓTESE LEVANTADA

Conforme afirmado anteriormente, os cartórios possuem a responsabilidade legal de viabilizar seus serviços aos cidadãos com eficiência, bem como são responsáveis pela guarda e manutenção de livros e documentos referentes aos serviços prestados aos cidadãos.

Dessa forma, em caso de cometimento de erros, a legislação assegura que o cartório pode ser interpelado judicialmente por Responsabilidade Civil, que ocorre quando o agente causa dano a outrem, sendo, assim, obrigado a responder por seus atos (positivos ou negativos), assumindo, portanto, suas consequências.

Destaca-se, nesse sentido, que a responsabilidade civil é vista como o princípio da estabilidade social, já que traz para a sociedade o dever de não causar danos ao outro. Assim, o artigo 22 da Lei nº. 8.935/94 prevê que:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática dos atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros o direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos. (BRASIL, 1994, Art. 22).

Portanto, os danos, material e moral, decorrentes da ação/omissão por falta de responsabilidade objetiva dos cartórios, atingem bens da personalidade, entre eles a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, sendo que isso é causador de dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

No caso dos cartórios, entendo que por agirem por delegação do poder público, devem ser considerados como prestadores de serviços à população¹¹, ressaltando-se que em casos de erros nos quais incide a responsabilização, a meu ver, a situação não se esgota individualmente, mas pode ensejar uma Ação Civil Pública, como instrumento reparador dos danos causados a toda a sociedade que tem membros privados do acesso a oportunidade de exercer sua cidadania.

7.1 Responsabilidade dos Prestadores de Serviços Públicos

Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello trabalharam para que a responsabilidade objetiva fosse estendida às pessoas Jurídicas do Direito Privado que integrassem a administração indireta. Isso se deu pela lógica de que “quem tem o *bônus* deve suportar os *ônus*”. Aquele que participa da Administração pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar os seus riscos, deve responder em igualdade de condições com o Estado em nome de quem atua (CAVALHIERI FILHO, 2004)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 236, atribuiu tratamento igualitário aos serviços notariais e de registros, dispondo: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Cabe ao Poder Judiciário fiscalizá-los, os atos que praticam são remunerados por emolumentos (CAVALHIERI FILHO, 2004).

Uma interpretação possível é que o funcionário público constitui-se numa extensão do próprio Estado e se, nessa qualidade, ele vem a causar dano a alguém, o Estado tem o dever de reparar diretamente, garantida a ação regressiva contra o servidor causador do dano.

Logo, esse servidor, sujeito a concurso público ou não, possui responsabilidade de natureza subjetiva, devendo restar provada a ocorrência de culpa em qualquer das suas modalidades (imprudência, imperícia e negligência) ou dolo.

¹¹ As prestadoras de serviços públicos respondem em seu nome e com o patrimônio que as pertence, pois possuem personalidade jurídica, capacidade própria e responsabilidade objetiva.

Por outro lado, se partirmos da premissa de que os notários e registradores particulares atuam em caráter privado, em colaboração com o Poder Público através de delegação estatal, o tratamento dado à sua responsabilização deve ser estudado à luz do Direito Administrativo, sob a perspectiva de que respondem pelo dano diretamente. Defendo, neste trabalho, essa idéia.

O titular da serventia, ao receber a delegação, passa a dar execução ao seu serviço por sua conta e risco, assumindo todas e quaisquer responsabilidades e conseqüências que decorrem daquele serviço, respondendo, pois, pelos danos que eventualmente venha a causar a terceiros, bem como satisfazer as obrigações impostas pela lei.

Dada a natureza do serviço, essencialmente pública, e o disposto no artigo 37, § 6º¹², da Constituição Federal, a responsabilidade civil do notário e do registrador seria objetiva, não cabendo perquirição relativa à existência de culpa, em qualquer das suas modalidades. Provada a ocorrência do dano, caberia ao titular apenas a sua reparação, a menos que se prove culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Responde, então, o ente delegado nos mesmos termos que responderia o Estado se o serviço fosse por ele diretamente realizado, persistindo a teoria do risco administrativo quanto ao serviço delegado.

Como já se disse a Lei nº. 8.935/94, em seus artigos 22 e 24, tratou da responsabilidade dos tabeliães, devendo os mesmos responder pelos danos que ele e seus prepostos causarem a terceiros na prática de atos próprios da serventia.

Essa responsabilidade, sem sombra de dúvidas, encontra-se nos mesmos moldes daquela da Administração Pública: isto é, responsabilidade objetiva pelo dano aparente, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e por crime funcional, se for o caso, como incurso no artigo 327, Código Penal.

Ainda em nosso entender, o artigo 38 da Lei nº. 9.492/1997 é flagrantemente inconstitucional, uma vez que, ao estabelecer responsabilidade subjetiva para os tabeliães de protestos e títulos, colocou-se em linha de colisão com o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal (CAVALHIERI FILHO, 2004).

A responsabilidade do Estado incide subsidiariamente pelos danos causados por seus agentes, desde que fique provada a falta de liquidez dos entes delegados se revelando incapaz de satisfazer a indenização devida.

¹² Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Assim, adoto a corrente na qual os cartórios respondem objetivamente pelos equívocos de Retificações de registros civis, ensejando ação de reparação de danos causados ao cidadão e à sociedade. Acredito que, na hipótese, repita-se, cabe a Ação Civil Pública como mecanismo de tutela coletiva, pois os registros públicos representam direitos indisponíveis relativos à personalidade e à cidadania. Ou seja, é mais que um direito individual.

8 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública, segundo Mazzilli (2001), é um dos remédios mais importantes do Direito Brasileiro e reconhecida como o instrumento típico de proteção jurisdicional dos interesses coletivos. Está para a coletividade como o mandado de segurança está para o indivíduo, sendo baseado em nova postura em relação ao processo civil, haja vista que a transformação do Estado Liberal para o Estado social permitiu uma série de transformações do comportamento, que resulta em intervenção estatal em prol da realização de direitos para garantia da igualdade real. Caracteriza-se como um processo que se contenta com probabilidades, devendo o juiz levar em consideração o fato de que o direito pertence à coletividade.

Para Mazzilli (2001), uma vez proposta a demanda, o juiz atuará normalmente, mesmo sem ser provocado, para obtenção de tutela específica ou resultado prático equivalente.

Portanto, conceitualmente, uma ação civil pública é uma ação de demanda coletiva com objetivos de tutelar direitos coletivos *lato sensu*.

A ação civil pública pode ser utilizada para debelar todos os tipos de crises jurídicas, destinando-se, segundo a Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, originariamente, para a responsabilização de danos causados ao meio ambiente e ao consumidor, podendo, ainda, ser proposta para a tutela de qualquer direito difuso *lato sensu*. Nesse sentido, a tutela pode ser: a) específica, dirige-se contra conduta de danos advindo da transgressão, a conduta danosa já ocorreu; b) tutela preventiva, para evitar o ilícito ou para impedir que determinada empresa coloque no mercado de consumo produto nocivo ao consumidor (MAZZILLI, 2001).

Nesse sentido, a defesa coletiva pode ser exercida quando se tratar de interesse ou direitos difusos; interesses ou direitos coletivos; interesses ou direitos individuais homogêneos.

Para Mazzilli (2001), os interesses ou direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, em que os titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância de fato. Os interesses ou direitos coletivos são transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum. Já os interesses ou direitos individuais homogêneos são um grupo ou categoria de classes ou pessoas determinadas ou determináveis, que comungam prejuízos divisíveis, de origem comum, geralmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato, situação jurídica que se aplica aos casos de retificações de registros civis abordados neste artigo.

Para Mancuso (2004, p. 20), a atual Constituição Federal de 1988, “deixa claro que a legitimação atribuída ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública não impede a de terceiros” que, segundo a Lei nº 7.347/85 podem ser: as entidades estatais, autárquicas paraestatais e as associações, assim legitimadas para atuar em nome do interesse público. No entanto, este artigo expõe com destaque a Ação Civil Pública e o papel do Ministério Público, em vista de sua atuação no Programa *O Ministério Público e a Comunidade*.

8.1 Ação Civil Pública e o Papel do Ministério Público

O Ministério Público está destinado à defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos e, dessa forma, a defesa de interesses individuais homogêneos só é exercitada se tiverem suficiente abrangência ou repercussão social, tomando-se, aqui, como exemplo, os milhares de casos de subregistros e equívocos nos assentos civis, que se configuram como matéria de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, podendo, assim, o *Parquet* propor Ação Civil Pública em defesa desses interesses, pois basta que, segundo Mazzilli (2001, p. 77), “sua iniciativa consulte aos interesses gerais da coletividade”.

Assim, em se tratando de ações de retificações de registros civis, a intervenção do Ministério Público pode ocorrer a partir da *assistência*, ou seja, pode atuar pela qualidade da parte, em defesa de coletividades carentes em ação coletiva de defesa de interesses coletivos, quando “haja efetiva conveniência social na atuação ministerial” conferida a partir de critérios 1) conforme a natureza do dano e 2) a dispersão dos lesados.

Assim é que, de acordo com o que expõe Mazzilli (2001), o Ministério Público está legitimado à defesa dos interesses coletivos, visando o zelo pelo funcionamento do sistema social e jurídico a permitir que sejam solucionados milhares de casos de Retificações de Registros Cíveis, conforme se verifica dos Relatórios Estatísticos obtidos a partir da experiência vivenciada no *Programa Ministério Público e a Comunidade*, que oneram o Estado (portanto, prejudicial ao patrimônio público) e em prejuízo do cidadão (dano social).

9 CONCLUSÃO

Entende-se, à guisa de conclusão, que a propositura de Ação Civil Pública e a responsabilização dos Cartórios (por erros ou omissões) permitiria a diminuição de Ações de Retificações de Registros Cíveis, principalmente das pessoas carentes visitadas pelo Programa “*Ministério Público e a Comunidade*”, bem como preveniria a crescente demanda de equívocos dos registros públicos.

Dessa forma, a cidadania, como direito fundamental, seria garantida a partir da existência jurídico-política e social desses indivíduos, bem como desafogaria uma demanda judicial que poderia ser evitada, uma vez que o nosso sistema judiciário encontra-se abarrotado de ações individuais, acarretando ônus ao nosso Judiciário.

ABSTRACT: This article aims to analyse, from statistical data and life experience as a legal trainee from Cesupa in the program “Public Ministry and the Community” on individual lawsuits adjustments of public records which destroy the judicial in Pará and the relevance of the Program Public Ministry and the Community”. According to data from this research, that motivates the growing demand for shares of rectification of public registry is the correction of personal data in certificates of birth, often resulting from errors of responsibility of the public notary records, problem that calls for urgency by the public authorities to ensure full citizenship.

KEY-WORDS: Public Ministry Program and the Community, public records, actions of rectification, public records from registers officers.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. 168 p.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 29 ago. 2012.

_____. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. *Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 29 ago. 2012.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da Personalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. 67, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: PC Editorial, 2004.

COSTA, Julio César de Castilho Oliveira. *A competência absoluta da retificação de registros públicos na Lei nº. 6.015/73*. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 1044, 11 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8407>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

FONSECA, Ricardo Coelho Nery da. *Ação de retificação de registro civil*. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 1088, 24 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=698>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

GAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à Justiça e Cidadania*. 2. ed. rev e ampl. Chapecó: Argos, 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e Cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor e interesses difusos e coletivos*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, José Celso Ribeiro Vilela de. *O procedimento de dúvida na lei de registros públicos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1398, 30 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9799>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

PANTALEÃO, Moacir. *Tratado prático de registro público*. Campinas: Bookseller, 2003.

PARÁ. Ministério Público. *O Ministério Público e a comunidade*. Belém, s.d.

TORRES, Jasson Ayres. *O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.



DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 1.516 DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Wilton Nery dos Santos¹

Pedro Henrique Nogueira Alves²

RESUMO: O presente trabalho visa levantar questões atinentes ao prazo estabelecido pelo Código Civil para o devido registro nos Cartórios de Registro Civil competentes dos casamentos religiosos realizados com habilitação prévia, tendo por base as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1979.

PALAVRAS-CHAVES: Casamento Religioso. Prazo. Registro. Inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CASAMENTO NO BRASIL. 3 DOS CASAMENTOS RELIGIOSOS COM HABILITAÇÃO PRÉVIA E PRAZO PARA REGISTRO. 4 APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. 5 DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O casamento é a base fundamental da formação da família foi sempre, entre todos os povos, considerado instituição de suma importância. Devido ao valor e a extensão de seus efeitos e de suas relações jurídicas e morais na vida social, o casamento figura em um capítulo especial em nossa legislação civil de modo que este formaliza o regime interno da mais antiga das associações que é a família, necessário e indispensável componente do organismo social.

A Constituição Federal confere ao Estado o dever de proteção especial às famílias, nos ditames do artigo 226 da Carta Magna de 1988, e conforme a conceituação dos festejados Cristiano Chaves de Farias e Nelson

¹ Promotor de Justiça do Estado do Pará. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. e-mail: wilton@mp.pa.gov.br.

² Acadêmico de Direito pela Universidade da Amazônia. e-mail: pedrohenalves@hotmail.com.

Rosenvald, em sua obra “O Direito das Famílias”, o casamento “*é umas das formas de regulamentação social da convivência entre pessoas que se entrelaçam pelo afeto*”³. Logo, trata-se de uma das formas de constituição familiar, sendo, portanto amparado pelos princípios constitucionais de nossa Lei Magna.

Verifica-se que devido a um grande progresso legislativo e da sociedade, o casamento deixou de ser visto apenas como uma instituição jurídico-social, no qual apenas importava suas formalidades, sem atender ao seu verdadeiro objetivo. Destarte, com o advento da Constituição Federal de 1988, o constituinte buscou, assim como o fez nas mais diversas áreas do direito, conferir maior importância aos princípios essenciais à pessoa humana e solidariedade social, visando a plenitude desses direitos.

Os festejados Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram com inteligência ímpar:

*“É preciso submeter toda a normatividade infraconstitucional do casamento à supremacia dos valores constitucionais, harmonizando, quando possível, as suas regras ao espírito garantista e, quando não for possível promover uma conciliação, simplesmente repelindo a norma inferior do sistema. O casamento deve servir às pessoas. Ele é o meio através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena, a felicidade”*⁴. (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Cumpra ainda ressaltar que o matrimônio foi idealizado para satisfazer aos indivíduos, e não o contrário; sendo forçoso o reconhecimento da valorização da pessoa humana, como uma máxima em nosso ordenamento jurídico pátrio.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CASAMENTO NO BRASIL

Perfazendo neste momento um ensaio acerca da origem e progresso do instituto do Casamento Religioso no Brasil, a história nos ensina que durante muito tempo a Igreja Católica exerceu quase que como uma prerrogativa, a titularidade dos direitos matrimoniais.

Através do Decreto de 03 de novembro de 1827, os princípios do direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, baseando-se nos dispositivos do

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

⁴ Idem.

Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia. O decreto tinha o seguinte teor:

Havendo a Assembléia Geral Legislativa resolvido [...], ficam em effectiva observância em todos os Bispados, e freguezias do Imperio, procedendo os Parochos respectivos a receber em face da Igreja os noivos, quando lho requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos um deles seu parochiano, e não havendo entre elles impedimento depois de feitas as denunciações canônicas, sem para isso ser necessária licença dos Bispos, ou de seus delegados [...] Palácio do Rio de Janeiro em 03 de novembro de 1827, 6. Da Independência e do Império. Com a rubrica de sua Magestade Imperial. Conde de Valença. (BRASIL, 1827).

Tal situação só foi alterada através do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil, e retirou dos casamentos religiosos todos os valores jurídicos, que até então eram os válidos. Essa modificação se justifica devido ao advento da proclamação da República, no qual houve a cisão entre o Estado e a Igreja, tornando-se oficial com a promulgação da Constituição Brasileira de 1891.

Ocorre que o referido Decreto não agradou a população de um modo geral, tanto que houve a necessidade da confecção do Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, haja vista os reiterados descumprimentos do Decreto nº 181. A nova norma determinava a obrigatoriedade de o casamento civil preceder ao casamento religioso, sob pena de 06 (seis) meses de prisão e multa.

Somente no ano de 1950, com a Lei 1.110, houve o efetivo reconhecimento dos efeitos civis aos casamentos religiosos.

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), no que tange aos casamentos religiosos com efeitos civis, basicamente reiterou as diretrizes impostas pela Lei 1.110/50.

Atualmente, o Código Civil de 2002, trata do casamento em capítulo próprio.

3 DOS CASAMENTOS RELIGIOSOS COM HABILITAÇÃO PRÉVIA E SEU PRAZO PARA REGISTRO

Como é sabido e já demonstrado acima, os casamentos religiosos possuem equiparação em relação aos casamentos civis no que tange à sua validade. Tal afirmação embasa-se no disposto no artigo 1.515 do Código Civil, senão vejamos: “*O casamento religioso, que atender às exigências da lei para*

a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.”.

Assim sendo, não há qualquer discussão acerca dos efeitos do casamento religioso para a vida civil, no entanto, é certo que o legislador pecou quando da confecção do artigo 1.516 do Código Civil, dispondo acerca do registro do casamento religioso, senão vejamos:

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação. (Grifo Nosso). (BRASIL, 2002).

Da leitura do aludido texto legal, dá-se a entender em um primeiro momento que os casamentos religiosos possuem data de validade para serem registrados, para então produzir seus efeitos perante a sociedade.

Destarte, entendemos que o prazo decadencial constante no artigo supracitado refere-se tão somente à celebração do casamento, não se aplicando esta regra aos registros, no qual entendemos ser ilimitado.

Cumpra observar que estamos tratando de uma modalidade de casamento no qual há a necessidade de habilitação prévia perante os cartórios de registro civil. No entanto, se fosse o caso de os nubentes já terem convolado núpcias sem a observância dos requisitos exigidos em lei, incidir-se-ia o parágrafo segundo do aludido texto legal, senão vejamos:

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

[...]

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532. (BRASIL, 2002).

4 APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO

Recentemente, tramitou perante a Justiça do Estado do Pará uma ação que visava obter autorização judicial para que pudesse ser efetuado o registro do casamento religioso de uma cidadã que por total desconhecimento deixou

de efetuar com o referido ato registral após a realização de seu casamento religioso.

No entanto o imbróglio só se iniciou devido ao fato de que um ano após a realização do casamento religioso, o cônjuge varão ter falecido em decorrência de um acidente automobilístico, deixando a viúva grávida. No caso em tela, a menor foi registrada somente com a maternidade declarada, em razão do falecimento de seu pai e da falta de certidão de casamento civil, logo não haveria até então, a possibilidade dela ser registrada com o nome de seu genitor.

No exercício da 2ª Promotoria de Justiça de Registros Públicos sustentamos o entendimento de que não há prazo para qualquer dos cônjuges, devendo os mesmos procederem com a inscrição do casamento religioso perante o Cartório de Casamento de Registro Civil, considerando que o prazo disposto, diz respeito tão somente à realização do casamento e não para o seu registro.

Para chegarmos a tal conclusão, tivemos como embasamento as decisões do Supremo Tribunal Federal nos quais proclamam não haver prazo para os nubentes procederem com a inscrição perante os órgãos de registros públicos, senão vejamos:

RE 88324 / RJ - RIO DE JANEIRO
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
 Julgamento: 27/11/1979 Órgão Julgador: 1ª Turma
 CASAMENTO RELIGIOSO. INSCRIÇÃO NO REGISTRO CIVIL. PRAZO. II. PRECEDIDO DE HABILITAÇÃO PERANTE O OFICIAL DO REGISTRO CIVIL, NÃO HÁ PRAZO PARA QUALQUER DOS CONJUGES PROCEDER A SUA INSCRIÇÃO, SEGUNDO RECENTE DECISÃO DO PLENÁRIO DO S.T.F., AO EMPRESTAR EXEGESE AO ART. 3 DA LEI 1.110/50, ORIENTAÇÃO QUE SE MANTEM, MESMO APÓS O ADVENDO DA LEI 6.015/73, ARTS. 74 E 75, EM HARMONIA COM O DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO, ART. 175, PARAGRAFOS 2 E 3. III. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO PELO DISSÍDIO PRETORIANO, MAS NÃO PROVIDO. (BRASIL, 1979).

RE 83859 EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Relator(a): Min. CUNHA PEIXOTO
 Julgamento: 16/05/1979 Órgão Julgador: PLENO
 O CASAMENTO RELIGIOSO, DESDE QUE FEITA A HABILITAÇÃO PREVIA, PARA EFEITOS CIVIS, NO CARTÓRIO COMPETENTE, NÃO ESTÁ SUJEITO, PARA SUA INSCRIÇÃO,

AO PRAZO DE TRES MESES, NEM DEPENDE, PARA ESSE ATO, DA AUTORIZAÇÃO DE AMBOS OS CONJUGES. EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDOS, MAS REJEITADOS. (BRASIL, 1979).

Muito embora, estas decisões precedam da vigência do atual Código Civil e Constituição Federal, o que nos exige desvelo são os argumentos levantados pelos célebres ministros do Pretório Excelso, *in verbis*:

Suponhamos uma certidão de habilitação para casamento expedida em 05 de maio, cujo prazo de validade termina em igual mês de agosto, e que, nesse dia, se realiza o casamento religioso às vinte ou vinte e uma horas, quando o cartório de Registro, onde houve a habilitação, já se encontrava fechado. A interpretar que o prazo também seria para registro, no dia imediato, quando o cartório reabrisse, já haveria ocorrido a decadência e, então, só com nova habilitação, e a requerimento do casal, o casamento religioso celebrado na véspera teria os efeitos do civil. Evidentemente, este exemplo mostra ser defeituosa a redação do art. 3º (Lei 1.110/50) e que o mencionado prazo é para a validade da habilitação e não para registro. (Min. Cunha Peixoto).

Constata-se que o legislador quando da feitura do Código Civil de 2002 praticamente reproduziu os termos do artigo 3º da Lei 1.110/50, como bem demonstrado abaixo:

Código Civil:

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação. (Grifo Nosso). (BRASIL, 2002).

Lei 1.110/50:

Art. 2º Terminada a habilitação para o casamento perante o oficial do registro civil (Código Civil artigos 180 a 182 e seu parágrafo) é facultado aos nubentes, para se casarem perante a autoridade civil ou ministro religioso requerer a certidão de que estão habilitados na forma da lei civil, deixando-a obrigatoriamente em poder da autoridade celebrante, para ser arquivada.

Art. 3º Dentro nos três meses imediatos à entrega da certidão, a que se refere o artigo anterior, (Código Civil, art. 181, § 1º), o celebrante do casamento religioso ou qualquer interessado poderá requerer a sua inscrição, no registro público. (Grifo Nosso). (BRASIL, 1950).

Por conseguinte, diante da intensa semelhança entre os textos legais, consideramos que os argumentos levantados pelos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal também são válidos para desconstituir a constitucionalidade do referido texto legal.

Assim sendo, diante de tais ponderações, não haveria outro posicionamento, senão aquele exarado pela 2ª Promotoria de Justiça de Registros Públicos, ratificando o posicionamento que prazo refere-se tão somente à celebração do casamento, não se aplicando aos assentamentos nos Cartórios de Registros Públicos.

O respeitável juízo à época exarou a seguinte sentença, *ipsis litteris*:

ISTO POSTO, comprovada a veracidade das alegações, e estando em conformidade com a legislação vigente, bem como lastreado no parecer do nobre Representante do Órgão Ministerial, é que JULGO PROCEDENTE a Ação de Justificação de União Estável interposta por A. P. do V., deferindo desta forma a lavratura e a expedição de seu Registro de Casamento, bem como a retificação do Registro de Óbito de seu marido e a averbação da Certidão de Nascimento de sua filha. Expeça-se mandado ao Cartório Privativo de Casamentos 1º Distrito Judiciário-PA, para que seja lavrada Certidão de Casamento em nome de A. P. do V. e E. R. B. S., celebrado no dia 27/11/2004, observando o nome que a autora deseja adotar após o registro, expeça-se também mandado ao Cartório do Único Ofício Comarca de Parauapebas/PA para que seja retificado a Certidão de Óbito em nome de E. R. B. S., sob o nº 004413, Folhas 152, do Livro nº 05, para que conste que o falecido era casado com A. P. do V. e que deixou uma filha E. R. P. do V., e por ultimo expeça-se mandado ao Cartório de Registro Civil- 3º Ofício da Comarca de Belém/PA, para que averbe-se a Certidão de Nascimento em nome de E. R. P. do V., para que conste o nome de E. R. B. S. , como o pai, e como avós paternos conste O. S. S. e E. B. S.. Deixo de arbitrar honorários advocatícios por entender que neste tipo de procedimento existe ajuste prévio entre Advogado e a parte requerente. Pagas as custas finais, archive-se os autos após seu trânsito em julgado.P.R.I.Cumpra-se.

5 DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

É mister ressaltar que o Senador da República Valdir Raupp (PMDB-RO) apresentou no ano de 2009, o Projeto de Lei nº 215 visando alterar o § 1º do art. 1.516 e o art. 1.532 do Código Civil, para ampliar os prazos para o registro civil do casamento religioso e de eficácia do certificado de habilitação para o casamento. O ilustre Senador apresenta suas justificações quanto ao

pedido de mudança: *“Portanto, a atual semelhança entre os institutos do casamento civil e das uniões paramatrimoniais – estas últimas, objeto de toda sorte de preconceitos ao longo da história – retira o sentido de prazo exíguo fixado para a realização do registro do casamento religioso, pois os nubentes de hoje já não são compelidos ao casamento pela intolerância social que havia na primeira metade do século passado, e, movidos eles, portanto, exclusivamente pela vontade e o interesse de se casarem, torna-se vazio o comando legal que restringe excessiva e desnecessariamente o prazo para o registro civil do casamento religioso”*.

Ainda que concordemos com os argumentos do distinto Senador Valdir Raupp ao afirmar que não há sentido para fixação de prazo para a realização do registro do casamento religioso, julgamos que a melhor redação do texto do § 1º do art. 1.516 seria aquela constante no Projeto Original do Código Civil, *in verbis*:

“§ 1º - O registro civil do casamento religioso deverá ser feito logo após a celebração, por comunicação do celebrante ao oficial do registro civil, quando os consorciados houverem-se habilitado para o casamento, nos termos do Capítulo V deste Livro, e pelos consorciados; e, a qualquer tempo, se assim o requerer, qualquer interessado.”
(BRASIL, 2002).

Infelizmente, tal enunciado foi modificado durante sua tramitação perante o Senado Federal, no qual lhe foi introduzido o prazo de 90 (noventa) dias para o registro. O Senador Nélson Carneiro, quando da modificação deste artigo, aduziu: *“Somente na hipótese do § 1º, o registro poderá ser requerido por qualquer interessado, já que houve habilitação prévia. Mas é necessário fixar um prazo máximo para essa providência, tanto mais quando a habilitação civil tem eficácia apenas em três meses⁵”*.

6 CONCLUSÃO

Concluimos assim, que a atual redação do § 1º do artigo 1.516 do Código Civil inquina-se à inconstitucionalidade, quando estabelece prazo para a efetivação do registro de casamento. Entendemos ainda, que tal prazo deveria ater-se tão somente à sua celebração, jamais ao seu registro, constatando neste sentido que a redação do Projeto Original do Código Civil

⁵ FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*/coordenador Ricardo Fiúza. – São Paulo: Saraiva, 2002. Vários Autores.

é a que melhor se adéqua em nosso ordenamento jurídico pátrio, pois este, não estipulava qualquer termo para a realização do registro nos cartórios competentes, deixando tal ônus aos nubentes procederem com a comunicação ao oficial do registro civil.

REFERÊNCIAS

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias* – 3.ed. ver., ampl. e atual. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*/coordenador Ricardo Fiúza. – São Paulo : Saraiva, 2002. Vários Autores.

LUZ, Valdemar P. da. *Curso de Direito de Família* – 1 ed. – Caxias do Sul : Editora Mundo Jurídico, 1996.

BRASIL. Assembléa Geral Legislativa (Império). *Decreto de 3 de novembro de 1827*. Declara em effectiva observância as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimonio. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio/pdf/Legimp-J_22.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

_____. Constituição (1988). *Constituição [da] Republica Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950. *Dispõe sobre o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso*. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre os registros públicos*. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos no Recurso Extraordinário nº 83859*. Relator Min. Cunha Peixoto. Julgamento 16 maio 1979, Órgão Julgador Pleno. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88324*. Relator Min. Thompson Flores. Julgamento: 27 nov. 1979, Órgão Julgador: 1ª Turma. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 set. 2012.

Crônicas Legislativas



Ver-o-Peso (ao fundo Mercado de Peixe)



O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA AUTOIDENTIFICAÇÃO COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DA VISÃO ETNOCÊNTRICA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS DO ESTADO DO PARÁ

Janaina Andrade de Sousa¹

RESUMO: O texto que se segue objetiva demonstrar que a Constituição Federal de 1988 veda todo e qualquer entendimento jurídico ou metajurídico que, de forma direta ou indireta, tenha por base a já superada superioridade cultural da sociedade tida como majoritária. Ademais, a partir do novo modelo instaurado pela constituição cidadã de respeito aos direitos fundamentais na ordem interna e aos direitos humanos na ordem internacional, foi conferida legitimidade ao Ministério Público na defesa judicial e extrajudicial dos povos indígenas (Constituição Federal, artigo 127 e artigo 129, I e III).

PALAVRAS-CHAVE: Etnocentrismo. Autorreconhecimento. Custodiados indígenas. Execução penal.

“(...) na definição da identidade étnica, é essencial levar em conta as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de se cancelarem leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repletas de preconceito. A idéia básica, que pode ser reconduzida ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade, não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas.” (SARMENTO, 2007)

Objetivando regulamentar a atuação do Ministério Público no âmbito do sistema prisional, foi editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP a Resolução n. 56, de 22.06.10, (alterada pela Resolução n. 80, de 18.10.2011), estabelecendo que os membros do Ministério Público incumbidos do controle do sistema carcerário deverão preencher mensalmente formulário de avaliação do sistema penal.

¹ Promotora de Justiça do Estado do Pará.

No referido formulário, no tópico IV, do **Perfil dos presos/internos e da população**, um dos itens a ser preenchido é o quantitativo de custodiados indígenas².

Ocorre que em visita carcerária realizada no Complexo Penitenciário da comarca de Capanema-PA restou evidenciado que o critério da autoidentificação³ não é observado, especialmente por falta de conhecimento das autoridades administrativas, típico de uma cultura etnocêntrica⁴.

Embora a resolução n. 56 do CNMP não traga a previsão expressa da adoção do critério do autorreconhecimento, não podemos olvidar que a Constituição da República veda todo e qualquer entendimento jurídico, de forma direta ou indireta, na tese, já superada, da superioridade cultural da sociedade dita majoritária.

De outro giro a Lei de Execução Penal no capítulo I, “Da Classificação”, estabelece que:

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

² Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Comissoes/formulario-de-avaliacao-anual-editavel.pdf>>. Acesso em 19.12.2011.

³ “Nas últimas décadas, o critério da auto-identificação étnica vem sendo o mais amplamente aceito pelos estudiosos da temática indígena. Na década de 50, o antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro baseou-se na definição elaborada pelos participantes do II Congresso Indigenista Interamericano, no Peru, em 1949, para assim definir, no texto ‘Culturas e línguas indígenas do Brasil’, o indígena como: ‘(...) aquela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato’. Uma definição muito semelhante foi adotada pelo Estatuto do Índio (Lei nº. 6.001, de 19.12.1973), que norteou as relações do Estado brasileiro com as populações indígenas até a promulgação da Constituição de 1988. Em suma, um grupo de pessoas pode ser considerado indígena ou não se estas pessoas se considerarem indígenas, ou se assim forem consideradas pela população que as cerca. Mesmo sendo o critério mais utilizado, ele tem sido colocado em discussão, já que muitas vezes são interesses de ordem política que levam à adoção de tal definição, da mesma forma que acontecia há 500 anos.” Fonte: www.funai.gov.br/indios/conteudo.htm, Acesso em: 19.12.2011.

⁴ “Do ponto de vista intelectual, etnocentrismo é a dificuldade de pensar a diferença, de ver o mundo com os olhos dos outros. O fato de que o ser humano vê o mundo através de sua cultura tem como consequência a propensão em considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural. (...) Incluem-se aqui as pessoas que observam as outras culturas em função da sua própria cultura, tomando-a como padrão para valorizar e hierarquizar as restantes. Comportamentos etnocêntricos resultam também em apreciações negativas dos padrões culturais de povos diferentes. Práticas de outros sistemas culturais são catalogadas como absurdas, deprimentes e imorais”. Fonte: Wikipédia. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Indigenismo>. Acesso em: 19.12.2011.

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

I - entrevistar pessoas;

II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;

III - realizar outras diligências e exames necessários”. (BRASIL, 1984, Art. 5º).

Sucedem que os dispositivos legais acima indicados foram elaborados sob o paradigma de direitos da pessoa humana anterior à Constituição Democrática, não prevendo, pois, expressamente a realização de estudos antropológicos do preso e/ou adoção do critério da autoidentificação.

Sem embargo, no contexto do multiculturalismo, a análise do perfil preso indígena deve considerar suas peculiaridades culturais, pelo que a elaboração do estudo antropológico é medida necessária. Para Villares (2009, p. 302), “o laudo antropológico-cultural deveria ser obrigatório porque só ele poderá demonstrar no caso concreto a inserção de um valor cultural numa pessoa criada em uma sociedade diversa”⁵.

Neste diapasão, temos que a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, e que se revela incompatível no ordenamento qualquer norma dissociada de suas diretrizes. Assim, a supremacia da Constituição exige nova interpretação dos dispositivos da Lei de Execução Penal para ir ao encontro à diretriz constitucional, que reconhece aos índios sua organização

⁵ VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009. *Apud* WIECKO, Ela e MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. O Projeto de Lei do Senado no 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas, In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 183 jul./set. 2009.

social, costumes, língua, crenças e tradições (Constituição Federal, art. 231).

O critério da autodefinição assegura aos índios, inclusive aos que vivem fora de suas comunidades tradicionais, se considerarem índios, porque se autoidentificam como tais. “A única tutela admissível com a promulgação da Constituição brasileira de 1988 é aquela revestida de caráter público, que visa a proteger os povos indígenas e seus bens, sob a perspectiva de que se trata de minorias culturais”⁶.

De mais a mais, o emprego do critério da autodefinição também é previsto no art. 1º, item 2, da Convenção 169 da OIT, que trata dos direitos dos povos indígenas e tribais, norma de escalão hierárquico superior, a qual se encontra plenamente em vigor no ordenamento jurídico brasileiro (promulgada pelo Presidente da República através do Decreto n. 5051, de 19/04/2004)⁷.

Assim, a correta identificação do preso indígena tem consequências de várias ordens, especialmente se considerarmos que os povos indígenas podem aplicar as sanções previstas em seus sistemas normativos, nos termos dos artigos 9º e 10 da Convenção 169 da OIT⁸. Um exemplo disso é a Ação Penal n. 92.0001334-1, que tramitou na Justiça Federal de Roraima, na qual os jurados consideraram que o fato de o índio Basílio ter sido julgado e condenado

⁶ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. “O Supremo Tribunal Federal e os Direitos dos Povos Indígenas”. In: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 911-954.

⁷ Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional. (grifei)

⁸ Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

segundo os costumes de sua comunidade indígena era suficiente para isentá-lo de pena decorrente do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri Federal(o paradigmático “Caso Basílio”)⁹. De igual modo, é caso exemplificador, o julgamento do Agravo de Instrumento n.º 41518 PR (2005.04.01.041518-8 / TRF-4) que levou em consideração as normas do sistema jurídico Kaingang, o qual permite a pena de transferência/banimento¹⁰.

Por sua vez, no contexto do sistema prisional, a correta indicação da etnia do detento interfere no regime de cumprimento da pena, conforme preconiza o Estatuto do Índio. O parágrafo único do art. 56 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), prevê que se deve priorizar o “regime de semiliberdade”, ou seja, semiaberto. Por regime semiaberto conceitua-se aquele em que “o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar” (art. 35, § 1º do Código Penal). Assim, as penas de reclusão e de detenção, *data venia*, **deverão ser cumpridas em regime especial de semiliberdade na sede da FUNAI mais próxima da habitação do condenado.**

Nessa senda, a necessidade de se adotar o critério da autoidentificação ganha maior relevo quando se leva em consideração o recorte etnográfico do Estado do Pará, considerado a segunda Unidade Federativa em número de populações indígenas, segundo as estatísticas da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), possuindo oficialmente 39 terras indígenas e 41 etnias. E ainda segundo, levantamentos recentes, mostram que tal número pode ser maior: havendo registro da existência de 55 etnias no Estado, falando 27 idiomas¹¹.

Pelo exposto, percebe-se que nos tempos da propalada pós-modernidade, o Direito e a antropologia parecem cada vez mais trilhar em lados opostos. Lamentavelmente a visão etnocêntrica ainda é a regra, conforme se percebe da leitura de postagens em canais de mídias sociais intitulado: “É, leitor, cada vez mais, o bom negócio é ser índio. Comece a pensar no assunto”¹².

⁹ LIBARDI, Estella. *Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos*. Disponível em: <<http://www.nepe.ufsc.br/controle/artigos/artigo74.pdf>>. Acesso em: 14.08.2012.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região - TRF4 – *Agravo de Instrumento: AG 41518 PR 2005.04.01.041518-8*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1214744/agravo-de-instrumento-ag-41518-pr-20050401041518-8-trf4>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

¹¹ A AUTONOMIA e sustentabilidade indígena nos últimos 20 anos / Texto de Jéssica Souza; Assessoria de Comunicação (UFPA). Disponível em: <http://www.portal.ufpa.br/imprensa/noticia.php?cod=4592>. Acesso em: 19 dez. 2011.

¹² Fonte: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/e-leitor-cada-vez-mais-o-bom-negocio-e-ser-indio-comece-a-pensar-no-assunto/>. Acesso em 14.08.12.

Portanto, resta evidente que é dever institucional do *Parquet* fomentar a superação da visão integracionista, resguardando os bens (patrimônio cultural) e valores (diversidade étnica e cultural), inclusive, com a propositura de ações cíveis e criminais competentes.

Nesse contexto, também configura atribuição do Ministério Público, no exercício de suas atribuições institucionais na defesa dos direitos assegurados na Magna Carta Constitucional, emitir recomendações dirigidas ao Poder Público, aos órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, aos concessionários e permissionários de serviço público e às entidades que exerçam função pública delegada ou executem serviço de relevância pública (art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93), nos termos das disposições no art. 55, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar Estadual n.º 057/06, bem como do artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93 c/c art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar Federal n.º 75/93 (em análise sistêmica aplicado ao *Parquet* Estadual).

Registra-se, por fim, que foi expedida no âmbito da 3ª PJ de Capanema a Recomendação 083/2011, no sentido de que o Diretor do Presídio daquela comarca adotasse as providências necessárias para levantamento do quantitativo de presos indígenas valendo-se do critério da autodefinição, bem como adotasse as providências necessárias para qualificar custodiados indígenas que porventura ingressarem na Casa Penal, também, pelo critério do autorreconhecimento e, em havendo preso indígena, que o fato fosse imediatamente comunicado ao Ministério Público Estadual e Federal, bem como à FUNAI para adoção das providências que entenderem cabíveis no âmbito de atribuição de cada Instituição¹³.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. “*O Supremo Tribunal Federal e os Direitos dos Povos Indígenas*”. In: SARMENTO, Daniel (Org.); SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 911-954.

¹³ Disponível em: <http://www.mp.pa.gov.br/index.php?action=Menu.interna&id=734&class=N>. Acesso em 19.12.2011.

A AUTONOMIA e sustentabilidade indígena nos últimos 20 anos / Texto de Jéssica Souza; Assessoria de Comunicação (UFPA). Disponível em: <<http://www.portal.ufpa.br/imprensa/noticia.php?cod=4592>>. Acesso em: 19 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região - TRF4 – *Agravo de Instrumento: AG 41518 PR 2005.04.01.041518-8*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1214744/agravo-de-instrumento-ag-41518-pr-20050401041518-8-trf4>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

CAPANEMA: MP expede recomendação ao diretor de presídio. Texto de Edyr Falcão e Ana Paula Azevedo; Assessoria de Imprensa do Ministério Público do Estado do Pará. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/index.php?action=Menu.interna&id=734&class=N>>. Acesso em: 19 dez. 2011.

LIBARDI, Estella. *Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos*, disponível em: <<http://www.nepe.ufsc.br/controlado/artigos/artigo74.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239-09 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03* (parecer apresentado em 2007 ao Grupo de Trabalho sobre Quilombos, Povos e Comunidades Tradicionais da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal; Procuradoria-Geral da República). Rio de Janeiro, 2007.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e povos indígenas. Curitiba: Juruá, 2009. *Apud* WIECKO, Ela; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 183 jul./set. 2009.



Crônicas de Jurisprudência



Casa das Onze Janelas (Complexo Feliz Luzitânia)



ANENCEFALIA: ESPERANDO A MORTE “NASCER”¹

Deborah Farias²

RESUMO: O presente artigo visa refletir acerca das questões envolvidas no investimento emocional da mulher com a descoberta da gravidez e essa mesma mulher posteriormente confrontada a um diagnóstico de malformação fetal letal. Em razão disso, essa reflexão deve compreender o quanto uma gravidez anencefálica abala a estrutura psicológica dessa mãe, colocando-a entre o desejo de realizar seu sonho e, em contrapartida, preparar-se para perdê-lo. Dessa forma, a discussão sobre a antecipação terapêutica do parto carece de uma leitura distinta e de um olhar cuidadoso sobre os envolvidos nesse processo.

PALAVRAS-CHAVE: Antecipação terapêutica do parto. Anencefalia. Maternidade.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PAPEL DA MATERNIDADE NA IDENTIDADE FEMININA. 3 ANENCEFALIA: A MORTE ENQUANTO EXPECTATIVA. 4 ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE FETO ANENCÉFALO. 4.1 ESTADO LAICO. 4.2 A ANENCEFALIA E O DIREITO À VIDA DOS FETOS ANENCÉFALOS. 4.3 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS. 4.4 O CARÁTER NÃO ABSOLUTO DO DIREITO À VIDA. 4.5 DIREITO À SAÚDE, À DIGNIDADE, À LIBERDADE, À AUTONOMIA, À PRIVACIDADE. 5 A DECISÃO DO STF. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto pretende confrontar as questões que remetem ao investimento emocional da mulher, com a descoberta da gravidez - a importância da maternidade para a mulher, não apenas enquanto um papel social, mas como referência à sua identidade feminina – diante de um diagnóstico de uma malformação fetal letal (a anencefalia).

¹ Texto apresentado a fim de obtenção de nota parcial à avaliação da Disciplina Noções de Direito - 2012.

² Aluna da pós-graduação em Psicologia Jurídica na Universidade da Amazônia (UNAMA), Belém-PA.

Um filho, ainda que não planejado, já é amado desde a sua descoberta e, talvez por isso, a descoberta do diagnóstico de anencefalia vem, apagar “brilho” e inicia uma tortura psicológica que antes, já tinha tempo bem definido de duração: 9 meses. A mãe não prepara um enxoval: prepara-se para um velório!

Em razão disso, não há como fugir da reflexão sobre o quanto uma gravidez anencefálica abala a estrutura psicológica dessa mãe, colocando-a entre o desejo de satisfazer um sonho e, ao mesmo tempo, preparar-se para perdê-lo. Uma vez que, um bebê anencéfalo, pode já nascer morto ou “vive” poucas horas após o parto.

Contudo a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF no dia 12 de abril de 2012, oportuniza que a mulher decida se irá esperar os nove meses ou se deseja interromper essa gestação, descriminalizando o “aborto” de um feto comprovadamente anencéfalo. Concluiu que a imposição estatal da manutenção de gravidez anencefálica fere os princípios básicos da Constituição Federal.

Tendo em vista que a tecnologia da ultra-sonografia (exame disponível no Sistema Único de Saúde – SUS) e por seu significativo grau de confiabilidade de resultados, o Ministro Marco Aurélio Mello destacou a afirmativa do Dr. Thomaz Rafael Gollop (Doutor em Ciências Biológicas - Biologia Genética, pela Universidade de São Paulo, 1981), acerca dos diagnósticos em Medicina Fetal que são “absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia” (BRASIL, 2012, p. 55). Neste sentido, a fim de garantir um diagnóstico uniforme e preciso, será estabelecida uma Comissão que definirá critérios específicos desse diagnóstico.

2 O PAPEL DA MATERNIDADE NA IDENTIDADE FEMININA

No decorrer da vida humana a procriação parece estar relacionada com a capacidade e desejo do ser humano em deixar descendentes, todavia, olhando-se mais cuidadosamente, de alguma forma, o papel proporcionado pela maternidade parece vincular-se à própria essência do feminino, como se a fertilidade – ou a infertilidade – tivesse ligação direta com o que se compreende por ser “mulher”. Ainda hoje, muitas mulheres recorrem a esse fim em busca de algo que parece não estar claro, quanto ao que é de fato o desejo real de ter um filho, o de ser mãe, ou apenas cumprir um papel socialmente e até biologicamente “esperado” (PARKES, 2009).

Ainda assim, “o desejo de a mulher ser mãe não é suficiente, pois a criança necessita ser aceita antes de existir na fantasia, para posteriormente, ser acolhida na realidade, ou seja, antes da adoção real, é necessária uma adoção psíquica” (CORREIA et al, 2001 apud MELLO, 2002, p. 88).

Desse modo, toda criança precisará passar pelo desejo materno, ter sido fantasisticamente aceita, adotada por esse desejo, para que no plano real essa aceitação também ocorra.

Segundo Mattei (1997 apud LEVINZON, 2004) o conjunto de experiências realizadas entre pais e filhos, sua história em comum contribui para o complexo processo de ser pai e mãe. Assim:

O desejo de um filho surge no quadro da evolução normal do processo edipiano, no qual há a identificação com o genitor do mesmo sexo, por meio da possibilidade de exercer um papel similar ao dele, escolhendo e investindo o filho como objeto de amor (LEVINZON, 2004, p. 17).

O filho proveniente desse desejo é ansiado como fonte fundamental de uma relação que visará a partilha de lembranças, emoções, vivências, desejos, projeções e planos ulteriores para esse descendente. Há uma contingência implícita no processo de desejo de um filho por parte dos pais, tendo em vista que há um investimento libidinal e será esse investimento o responsável pelo desenvolvimento e relações sociais estabelecidas ao longo da vida dessa criança.

3 ANENCEFALIA: A MORTE ENQUANTO EXPECTATIVA

O quadro decorrente da anencefalia é assustador. Sua definição e as suas implicações são bem descritas por FREITAS:

Malformação em que não acontece o fechamento do tubo neural, ficando o cérebro exposto. O líquido amniótico afeta a massa encefálica impedindo o desenvolvimento dos hemisférios cerebrais. Isto significa vida vegetativa. O feto anencéfalo é um natimorto cerebral, sem possibilidade de tratamento ou cura. Em mais da metade dos casos o feto perde os batimentos cardíacos ainda durante a gestação, e os poucos que alcançam o momento do parto sobrevivem fora do útero apenas alguns minutos ou horas, com raros casos de sobrevida de poucas semanas (2011, p. 18).

Nenhuma mulher, em tempo algum deseja ou desejou tirar a vida de seu próprio filho. Mesmo porque, como já foi dito, um filho traz consigo a realização de um desejo, a concretização de uma idealização.

No entanto, ao gerar um filho portador de uma malformação letal, como é o caso da anencefalia, os pais tendem a se culpar, considerando que a sua parcela de responsabilidade foi ter contribuído geneticamente “de forma infeliz” à constituição daquele feto, ficando assim, expostos perante suas famílias e à sociedade. Justamente por isso, faz-se necessário um acompanhamento psicológico apropriado não apenas para a mãe, mas para a família inteira, inclusive para dar o devido suporte caso a gravidez seja mantida, bem como quando ocorrer o óbito, já que a vida do feto fora do útero é uma questão de horas.

Essa vivência, ainda que extremamente dolorosa perpassa pelas questões sócio-culturais ocidentais, pois a discussão está ocorrendo na cultura ocidental e a morte, por si só, comparece como um tabu e, exatamente por isso, a morte de um filho origina uma dor muito mais intensa do que a causada pelas demais perdas (KOVÁCS, 2010).

Entretanto, destaca-se a afirmativa do Dr. Jorge Andalaft Neto (Doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina) citado pelo Ministro Marco Aurélio (2012), para ele, “impor a manutenção da gravidez implica o aumento da morbidade bem como dos riscos inerentes à gestação, ao parto e ao pós-parto e resulta em consequências psicológicas severas” (p.68-69). Um exemplo é o relato que segue:

Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é aterradorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar (BRASIL, 2012, p. 70-71).

O sofrimento pode ser tão intenso que muitas mulheres podem, inclusive, desenvolver transtornos psiquiátricos, outras chegarem a considerar o suicídio, tamanho o medo, vergonha, tristeza, angústia impotência e revolta.

É uma verdadeira tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo.

4 ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE FETO ANENCÉFALO

Em razão do pedido realizado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 teve acalorada discussão, uma vez que tratava sobre a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, que criminaliza a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo.

O voto do Ministro relator Marco Aurélio Mello foi baseado nas informações obtidas durante os dias de audiência pública do STF. E apontou para itens como o Estado laico, a conceituação de anencefalia e o direito à vida dos fetos anencéfalos, a questão da doação de órgãos, o caráter não absoluto do direito à vida e, por fim, o direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade.

4.1 ESTADO LAICO

Neste ponto, o Ministro enfatizou o caráter laico do Estado brasileiro, inclusive por estar previsto desde a Carta Magna de 1891 e alertou, no início de seu voto, que a questão proposta - inconstitucionalidade da interpretação que criminaliza a interrupção de gravidez de feto anencéfalo - não poderia ser avaliada de acordo com orientações religiosas ou morais, visando à manutenção da laicidade do Estado, portanto as concepções morais ou religiosas devem ficar afastadas dos conteúdos de atos estatais, devendo ficar restritas à esfera privada.

Sob o pretexto de proteger a vida embrionária elas [igrejas e doutrinas místicas] não exitam em violar a pessoa da mulher, reduzindo-a ao status de objeto, de ventre-abrigo, de coisa gestante, impondo-lhe, a qualquer preço, sua gravidez incipiente. Em nome de um caráter dito sagrado, tiram dela toda a liberdade de decisão sobre aquilo que deveria ser o seu corpo (SZEJER; STEWART, 1997, p. 89-90).

Com essa argumentação intenciona-se desvincular o Estado de quaisquer influências, sejam morais ou religiosas. Compreendendo-se, inclusive, que quaisquer crenças não poderão orientar o tratamento ofertado e que o Estado deverá garantir os demais direitos fundamentais: direito à autodeterminação,

à saúde física e mental, à privacidade, à liberdade de expressão, à liberdade de orientação sexual e à liberdade no campo da reprodução (BRASIL, 2012).

4.2 A ANENCEFALIA E O DIREITO À VIDA DOS FETOS ANENCÉFALOS

A anencefalia pressupõe a ausência parcial ou total do cérebro, ou seja, é uma patologia congênita letal, portanto não há cura possível – uma vez que o cérebro e a caixa craniana não serão constituídos posteriormente – sendo essa a razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio consignou:

A anomalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical.

Sendo assim, o Ministro compreendeu que não se poderia falar em direito à vida ou sobre garantias à criança e ao adolescente uma vez que, se ocorrido o parto, o feto anencéfalo não chegará a ser criança, tampouco um adolescente, sua sobrevivência fora do útero é uma questão de horas ou dias, por isso o “anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura” (trecho do voto).

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, trata-se de um natimorto cerebral. Por ser inviável biologicamente, no caso do anencéfalo, não há vida possível, ainda que ele seja composto de células ou de tecidos ainda vivos, inexistiria qualquer a viabilidade de vida.

4.3 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

A fim de fundamentar ainda mais a compreensão – da incoerência quanto à manutenção de uma gravidez que não geraria vida – o Ministro também citou especialistas sobre o tema, que descartaram a possibilidade de doação de órgãos de fetos anencéfalos com os seguintes argumentos:

1. Por ser proibido obrigar a mulher a manter uma gestação apenas para realizar a doação de órgãos, pois estar-se-ia ferindo sua dignidade e coisificando-a sobremaneira.

2. Além disso, essa possibilidade seria praticamente nula, falando-se de anencefalia, em razão de o feto ter órgãos menores, dentre outras anomalias nos tecidos do corpo, o que inviabilizaria a doação.

Não se pode deixar de enfatizar que obrigar a mulher a manter uma gravidez visando apenas esse propósito, seria inumano, pois ela seria mero instrumento com a finalidade de gestar um feto, doar seus órgãos e posteriormente enterrá-lo. Tal possibilidade feriria sua autonomia em relação ao seu corpo, inclusive desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.4 O CARÁTER NÃO ABSOLUTO DO DIREITO À VIDA

O relator ainda destacou que inexistia supremacia do direito à vida sobre os demais direitos, destacando o artigo 5º, inciso XLVII da Constituição da República, que admite a pena de morte em caso de guerra declarada.

Ainda aludiu o amparo constitucional que uma mulher violentada possui de realizar o aborto, a fim de proteger sua saúde psíquica e moral, ainda que a condição do feto seja plenamente viável. Ou seja, ao avaliar o direito à vida do feto e os direitos da mulher vítima de violência sexual, foi priorizado os direitos da mulher, que já é pessoa. Essa conclusão reflete sobre o fato de que a proteção a um feto saudável poderá ser ponderada com os direitos da mulher, portanto, maior necessidade de ponderação no que se refere a um feto anencéfalo (BRASIL, 2012).

O Ministro propôs que deveria ser ponderado se a limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres e de suas famílias deveriam ficar subjugados à preservação de um feto anencéfalo. Mesmo porque os dados apresentados na audiência demonstram que as gestações de anencéfalos apresentam significativos riscos à saúde da materna, inclusive danos psicológicos graves e que atingem a família como um todo.

4.5 DIREITO À SAÚDE, À DIGNIDADE, À LIBERDADE, À AUTONOMIA, À PRIVACIDADE

Faz-se necessário destacar nesse item a defesa da saúde física e psíquica da mulher, assim como de seus direitos fundamentais. Mesmo porque um suposto direito à vida de um feto sem chances de vida extra-uterina não deve sobrepujar os direitos constitucionalmente previstos da mulher-gestante-mãe (garantia à dignidade da pessoa humana, à liberdade sexual e reprodutiva, à autonomia, à privacidade, à saúde, à integridade física, psicológica e moral).

Toda gravidez traz consigo alguns riscos, entretanto a família experimenta uma expectativa alegre e prazerosa pela chegada do bebê e, ao final da gestação, tem-se um bebê para acalantar (Voto do Ministro Marco Aurélio). Porém, tratando-se da gravidez de feto anencéfalo, esta apresenta riscos físicos maiores, inclusive psíquicos à família como um todo, porque durante a gestação, há uma espécie de antecipação de luto e, ao final de tudo, há um feto para enterrar. Já no diagnóstico, os pais experienciam reações emocionais ambivalentes, sentimentos de culpa, impotência, perda antecipada do objeto já tão amado, raiva, tristeza e frustração.

Assim, o ato do Estado de obrigar o prosseguimento da gestação anencefálica causa tamanho sofrimento nessas mulheres, que poderia ser classificado como tortura. Marco Aurélio, citando as palavras da Dra. Jacqueline Pitanguy (Socióloga e cientista política, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro), entende que

obrigar uma mulher a vivenciar essa experiência é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, ao seu marido ou companheiro e aos outros filhos, se ela os tiver [...] as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial de Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está sendo desrespeitado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado.

Pretende-se esclarecer que nessa situação, o interesse maior é da gestante, pois ela é quem carrega o feto e seu sofrimento não é superado por ninguém. Por isso, nem o Estado e tampouco a sociedade poderiam interferir ou decidir sobre o seu corpo. A decisão a ser tomada, tanto de dar continuidade à gravidez ou realizar a ATP, cabe à mulher, fundamentada em suas próprias crenças, valores e convicções, tendo direito à privacidade na tomada dessa decisão.

O Estado deve prover o apoio antes e depois da decisão tomada, no que tange à assistência médica e psicológica, independentemente de qual tenha sido sua escolha. Neste sentido, não se trata de obrigar toda mulher grávida de feto anencéfalo a realizar a ATP, mas de garantir que cada mulher possa viver suas escolhas com privacidade e de acordo com suas próprias crenças e convicções (Voto do Ministro Marco Aurélio).

Em contrapartida, cabe destacar que a imposição estatal da manutenção de gravidez anencefálica fere princípios basilares do sistema constitucional:

a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autodeterminação, a saúde, o direito de privacidade, o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos (Voto do Ministro Marco Aurélio).

5 A DECISÃO DO STF

Para o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, o ato por meio do qual se obriga uma mulher a continuar uma gestação dessa natureza, é colocá-la numa “espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido”.

Em razão de todo o exposto, compreende-se que para a gestante, ambas as possibilidades (a interrupção dessa gravidez ou levá-la a termo) causar-lhe-ão danos psicológicos; garantir-lhe o direito de escolha parece ter mais sentido, uma vez que cabe a ela refletir e decidir sobre o seu próprio corpo.

Uma vez que não há consenso jurídico sobre quando ocorre o início da vida, deve-se destacar o seu término: adota-se como referência a atividade cerebral, que, uma vez cessada, ocorre a “morte cerebral”. Inclusive para os transplantes, a lei considera a morte encefálica. Logo, um anencéfalo seria um natimorto, porque além da ausência de um funcionamento encefálico, há também, segundo o Dr. Heverton Neves Pettersen, citado pelo Ministro Marco Aurélio Mello (2012), a ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar, bem como ausência da calota craniana.

Na legislação de países da Europa e da América do Norte, por exemplo, o casal pode escolher se quer ou não interromper a gestação quando o feto está gravemente acometido por malformação incompatível com a vida. No Brasil, somente era permitida a interrupção da gravidez quando esta era fruto de um estupro ou quando havia – comprovadamente - um potencial risco de vida para a gestante. Ou seja, como já foi dito, ainda que o feto tenha potencialidade de vida, há a permissão constitucional para a interrupção da gravidez em prol da vida e da saúde psicológica da gestante.

Deve-se considerar que na anencefalia essa potencialidade de vida não existe: o feto jamais se tornará uma criança, ou um adolescente, tampouco um adulto. Neste caso, não se trata da preservação de uma vida em potencial, mas de obrigar uma mulher a dar à luz a um filho sem qualquer expectativa de vida, morto encefalicamente, com apenas algumas funções vitais ativas e por algumas horas.

Portanto, conceder o direito a essa interrupção de gravidez é garantir que essa gestante decida por seus próprios conceitos e crenças, restabelecendo o princípio da dignidade humana, assegurando-lhe o direito à integridade física e psicológica, e reconhecendo seu direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade.

Não deve caber ao Estado o direito de tomar essa decisão e, obrigar uma mulher a levar a gestação de um bebê anencéfalo adiante. Isso significaria conduzi-la a um quadro de devastador dano psicológico, além de constrangimentos com os quais, nesse momento de fragilidade psíquica, ela não detenha meios para lidar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, discutido e enfatizado ao longo do presente texto, a questão da interrupção de uma gestação anencefálica que deve visar os direitos garantidos à mulher (princípio da dignidade humana, direito à integridade física e psicológica, à saúde, à liberdade, à autonomia e à privacidade), uma vez que esse feto não tem potencialidade de vida e, portanto impedir a interrupção da gravidez traz danos severos à mãe. Uma vez que os processos de culpabilização, revolta, impotência, frustração e indignação corroem a mulher e a sua família, tendo que aceitar o fato inexorável de que dará à luz um feto morto – do ponto de vista científico e, em alguns casos até factual.

Sendo assim, não se podem deixar de lado as questões intrínsecas ao processo de maternidade, uma vez que nenhuma mulher, em tempo algum deseja ou desejou tirar a vida de seu próprio filho, todavia é preciso destacar a situação atípica dessa gestação, onde a morte fetal é certa e se impõe como tal. Nesta conjuntura de fatos, incolumidade física do feto anencéfalo, não deve ser preservada em prejuízo dos direitos básicos da gestante, que em meio a sentimentos ambivalentes e dificuldades impensáveis, deve ter respeitado o seu direito à saúde – não apenas enquanto ausência de doença, mas de bem-estar físico e psíquico, o direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade sexual e reprodutiva, à autonomia, à privacidade, à saúde, à integridade física, psicológica e moral. Garantir esses direitos fundamentais deve ser o *dever* do Estado.

REFERÊNCIAS

ADPF 54/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 12 de abril de 2012. Voto do Ministro relator Marco Aurélio Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

FREITAS, A. *Aborto: guia para profissionais de comunicação*. Disponível em: <http://abortoemdebate.com.br/arquivos/Aborto_Guia_comunicacao.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2012.

KOVÁCS, M. J. *Morte e desenvolvimento humano*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

LEVINZON, G. K. *Adoção*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

MELLO, I. S. P. B. Considerações sobre o amor materno. In: *Interlocuções – Revista de Psicologia da Unicap*. Recife, nº 1-2 jan./dez. 2002.

PARKES, C. M. *Amor e perda: as raízes do luto e suas complicações*. São Paulo: Summus, 2009.

SZEJER, M; STEWART, R. *Nove meses na vida da mulher: uma abordagem psicanalítica da gravidez e do nascimento*. Tradução de Maria Nurymar Brandão Benetti. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.



UNIÕES HOMOAFETIVAS: UM DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A PSICOLOGIA

Giselle Cristine da Silva Oliveira¹

RESUMO: O presente artigo trata sobre o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como produto da evolução do conceito de família, sob a ótica da psicologia e do direito, fazendo um breve comentário sobre a posição destas ciências frente às modificações ocorridas nas sociedades e a influência da decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento jurídico – Uniões homoafetivas. Evolução – Família.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 SOBRE A SEXUALIDADE. 3 ORGANIZAÇÃO SOCIAL E REPRESENTAÇÕES. 4 NOVAS FAMÍLIAS. 5 O DIREITO COMPARADO E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Tratado por muito tempo como doença, crime, comportamento desviante, anomalia do desenvolvimento, pecado ou perversão, o relacionamento entre pessoas de mesmo sexo e as discussões quanto ao seu reconhecimento jurídico estão cada vez mais presentes em várias esferas da sociedade atual.

As mudanças relativas a este tema podem ser encontradas desde o substantivo utilizado para nomeá-lo, antes homossexualismo, ainda acompanhado pela idéia médica de que tal comportamento desviante era uma doença; passando pela mudança do sufixo “ismo” para o “dade” em 1985, e chegando aos termos relações homoeróticas ou homoafetivas, considerados pelos juristas e pesquisadores do assunto como mais adequados e menos pejorativos (UZIEL, 2008, p. 60).

¹ Psicóloga. Técnica da Secretaria Municipal do Trabalho e Assistência Social de Breves/PA. Pós-graduanda em Psicologia Jurídica pela UNAMA. e-mail: oliveiragis@hotmail.com.

Contudo, como explicar a atração que algumas pessoas sentem por outras do mesmo sexo? Como definir as suas relações? Que direitos lhes são garantidos?

2 SOBRE A SEXUALIDADE

Ao se falar sobre a orientação sexual nas rodas de discussão, constantemente os debates se iniciam pela definição de gênero. Conforme a psicanalista Patrícia Porchat (2008:46), gênero “refere-se à rede de crenças, traços de personalidade, atitudes, sentimentos, valores, condutas e atividades que diferenciam mulheres de homens”. A seguir, essa discussão é continuada pelas opiniões dos teóricos sobre a origem da atração e do desejo homossexual. Algumas teorias evolucionistas defendem que o contato homoerótico é uma maneira de comunicar prazer, além de funcionar como um traço de inclusão social, uma característica que garantiria a admissão do indivíduo num determinado grupo social (ROUGHGARDEN, 2008, p. 54-55).

Outra opinião divergente refere-se à visão freudiana. Embora seja considerado por alguns como extremo e conservador, Freud provocou revoluções ao demonstrar que a sexualidade humana não se baseava em instintos, sendo, na verdade, pulsional, ou seja, é capaz de mudar de objeto, sofre grande influência da cultura e, em grande parte, é determinada por aspectos inconscientes (BARBERO, 2006, p. 55).

Em seus estudos sobre a sexualidade, Freud afirmou que existe sexualidade na infância, sendo esta organizada em fases distintas, onde a criança é “perversa polimorfa”, podendo satisfazer-se de todas as formas imagináveis, de acordo com o que lhe ofereça satisfação, independentemente de ideologias ou leis (FREUD, 1905, apud BARBERO, 2006, p. 45). Mais tarde, com o processo do crescimento, desenvolvemos uma série de fantasias, conscientes ou inconscientes, que nos acompanharão por toda a vida. Algumas vias pulsionais poderão se transformar em fontes de satisfação erótica, outras serão recalçadas e procurarão satisfações substitutivas, transformando-se em sintomas neuróticos (FREUD, 1905, apud BARBERO, 2006, p. 45).

A posição da psicologia enquanto conhecimento científico se transformou com o passar dos anos, modelando-se a partir da produção de conhecimento de correntes diversas, passando a considerar a evolução das lutas pela ampliação, universalização e garantia dos direitos humanos, e ressignificando os aspectos importantes do âmbito psicossocial. Apesar desta

mudança de paradigmas, pesquisas mostram que ainda hoje é possível observar posicionamentos que contrariam a Resolução 001/99 do Conselho Federal de Psicologia² vindos de psicólogos que participam ativamente de grupos religiosos de certas igrejas evangélicas que pregam, entre as suas realizações miraculosas, a cura deste “mal” através de um processo de recuperação que supostamente levaria o indivíduo homossexual ao retorno à sua verdadeira natureza humana (ALMEIDA; CRILLANOVICK, 1999, apud LACERDA e Col, 2002, p. 67).

Na área da psiquiatria, os pesquisadores reconhecem que ainda hoje não possuem uma resposta definitiva e consensual sobre como a orientação sexual se desenvolve. Muitos defendem a idéia de que a orientação sexual é moldada nos primeiros anos de vida, por complexas interações de fatores biopsicossociais. A única certeza até agora é que a sexualidade é diversamente influenciada (FACCO, 2006, p. 63). Todavia, para Foucault, “o importante não é uma história social ou uma psicologia focada nas atitudes sexuais, mas uma *história da problematização desses comportamentos*” (FOUCAULT, apud UZIEL, 2008, p. 59).

3 ORGANIZAÇÃO SOCIAL E REPRESENTAÇÕES

Quando analisamos as sociedades através do prisma da evolução dos costumes, podemos concluir que muito da sua forma de organização advém de práticas comunitárias e/ou familiares, tais como a religião, tradições populares, opiniões, crenças e condutas.

Em Totem e Tabu, Freud faz referência ao campo simbólico da proibição da realização dos desejos, baseados em tabus, religiosidades e rituais, além de interditos conceituais como o veto ao incesto e ao parricídio, relacionando-os também ao surgimento da moral, do sentimento de culpa e da organização social que norteia a história da humanidade (FREUD, 1913, apud HISGAIL, 2006, p. 368).

Ao publicar “As Formas Elementares da Vida Religiosa” ainda em 1912, o sociólogo Emile Durkheim, definiu o conceito de representações coletivas como um “conjunto sistemático de elementos que tenta explicar uma multiplicidade de fenômenos sociais”. Segundo suas observações, essas

² A Resolução CFP nº 001/1999 estabelece normas de atuação dos psicólogos em relação à temática da orientação sexual, determina que a homossexualidade não é doença, nem distúrbio, nem perversão, estabelecendo ainda que os psicólogos não deverão colaborar com propostas de tratamento e de cura da homossexualidade.

representações são um conjunto de saberes partilhados coletivamente: crenças, mitos, ciências, opiniões, etc., cuja característica principal consiste em mostrar o que existe de mais irredutível em cada conceito que permaneceu no tempo e no espaço social (DURKHEIM apud OLIVEIRA, 2003, p. 182). Mais tarde, outros estudiosos do assunto como Jodelet e Moscovici, aperfeiçoaram os conceitos de Durkheim e sistematizaram o conceito de *Representações Sociais*, definindo-as como sendo uma forma de conhecimento própria das sociedades industriais, uma construção do significado do meio social capaz de traduzir o pensamento do senso comum desta sociedade contemporânea, irredutível a qualquer outra forma de conhecimento (JODELET, 1991; MOSCOVICI, 1976; apud LACERDA e Col., 2002, p. 168).

Não obstante, ao correlacionar os conceitos citados acima com os processos envolvidos na origem das normas jurídicas, é possível reconhecer, como produto desta relação, variáveis determinantes como condutas, costumes e opiniões, estabelecidas pelas sociedades, que regulam, afastam, e/ou determinam resoluções. Essas variáveis também são descritas nos manuais introdutórios de estudo do Direito referindo-se às *Fontes do Direito*. Segundo Reale (1993, p. 140), as fontes do Direito são “meios, em virtudes dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória”, onde o reconhecimento coletivo é determinante. Para ele, o Direito é um *fato* ou *fenômeno social*; e, por isso, “não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”. Existe, assim, uma característica própria da realidade jurídica que é a “sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social” (1993, p. 14).

Porém, com o passar do tempo, valores sociais que antes serviram como parâmetro para embasar discussões e balizar a normatização de situações de interesse coletivo acabam por necessitar de revisão, por não mais conseguirem comportar a opinião das maiorias representativas das comunidades. Novos grupos se formam e com eles vêm novas realidades, novos interesses e necessidades.

4 NOVAS FAMÍLIAS

Um conceito que sofreu grandes modificações ao longo dos anos foi o conceito de família. Essas modificações englobam desde acertos sociais, passando pela perspectiva do amor romântico, pela constituição de família nuclear, formatos da família, até o sexo e a orientação sexual dos seus componentes e seu reconhecimento perante a sociedade. Estudiosos deste

tema como Salomé, Espósito e Moraes (2007, p. 560) relatam que hoje se assiste a uma enorme alteração das estruturas familiares e a um decréscimo do número de filhos. Essas transformações contribuíram para o surgimento de novas formas de relacionamento onde o foco já não é mais a procriação e a sucessão, hoje se verifica também a busca pela satisfação sexual e emocional plena em parceria com o outro.

Conforme dados de Farias (2007, p.47), a definição de família, se caracterizava pelo casamento monogâmico, “apoiado num casal estável, articulado em torno de papéis sexuais repartidos rigorosamente entre os cônjuges”. Acreditava-se que a família tinha uma formatação definitiva, um modelo único aceitável, consequência da industrialização. Porém, na década de 90, com a diminuição dos casamentos formais e o aumento de formas de união alternativas, passou-se a valorizar os laços familiares por meio dos quais a família exercia os papéis de proteção e assegurava o desenvolvimento psicoafetivo das pessoas que dela faziam parte.

Segundo Dias (2006, apud FERNANDES, 2008, p. 02), um conceito atualizado de família se constitui de um grupamento de pessoas organizado através de regras culturalmente elaboradas em conformidade com modelos de comportamento. Esta entidade familiar possuiria uma estruturação psíquica em que cada um ocupa um lugar e possui uma função (pai, mãe ou filho), sem, no entanto, estarem necessariamente ligados por laços sanguíneos.

Conforme a Constituição Brasileira de 1988, o termo família refere-se à união relativamente estável entre homem e mulher, e comunidade constituída por qualquer um dos pais e seus descendentes, tendo homem e a mulher os mesmos direitos e deveres conjugais.

Porém, entre as diversas mudanças sofridas por este conceito, verificamos a existência de inúmeras uniões conjugais formadas por pessoas do mesmo sexo. Estes “casais” não estão descritos na Constituição, mas existem e exigem ser reconhecidos como tal, com os mesmos direitos, deveres e possibilidades e, embora a mesma Constituição Federal repudie expressamente o preconceito, o racismo e qualquer forma de discriminação, a união conjugal estável composta por pessoas do mesmo sexo ainda esbarra em dificuldades procedimentais.

A partir das últimas décadas até os dias atuais, um longo caminho já foi trilhado em direção à superação dos antigos preconceitos e da discriminação relativa à orientação sexual das pessoas. Estas, passaram a viver plenamente e assumir publicamente suas relações homoafetivas. Em todo o mundo milhares

de pessoas do mesmo sexo convivem em relações duradouras, pautadas no afeto que alimenta os seus projetos de vida e sonhos em comum. O reconhecimento social e jurídico dessas relações ainda é muito recente e, como consequência, ainda existem muitas dúvidas sobre qual o tratamento deverá ser dado a essas questões, pelo ordenamento jurídico.

5 O DIREITO COMPARADO E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Em relação ao Direito comparado, as relações homoafetivas vêm ganhando o tão buscado reconhecimento desde os idos de 1989, na Europa, quando a Dinamarca promulgou a Lei de Regência nº 372/89, reconhecendo o regime de parceria registrada e direitos e deveres mútuos entre pessoas do mesmo sexo, seguida por países como a Noruega, Suécia, Islândia, Holanda, Bélgica, Espanha, França e Alemanha nos anos seguinte. (SARMENTO, Daniel, apud BARROSO, 2006, p. 10). No continente Americano esse movimento foi liderado pelo Canadá, seguido da Argentina e Estados Unidos. Hoje, dos 50 estados norte-americanos, 20 já reconhecem legalmente a união entre pessoas de mesmo sexo.

No Brasil, em maio de 2011, o Superior Tribunal Federal julgou como procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.277-DF, que buscou a declaração do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Esta ação também solicitou que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos às uniões homoafetivas.

Em seu voto o Ministro Carlos Ayres Britto apresentou como um dos argumentos principais a comparação entre uma relação estável heterossexual e uma relação entre pessoas do mesmo sexo, apontando nesta comparação pontos imprescindíveis como a durabilidade das relações, o conhecimento do público, a continuidade e o desejo de constituir família, além do fato de que, assim como nas relações entre pessoas de sexo oposto, nas relações homossexuais também existe afeto. Ora, se elementos nucleares do conceito de entidade familiar como afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática são encontrados tanto em uniões heteroafetivas quanto nas homoafetivas, nada mais natural que o regime jurídico de uma seja utilizado como parâmetro para a regulamentação da outra.

Quando analisamos o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que diz: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, faz-se necessário então considerar o conjunto dos princípios constitucionais que impõem a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, justamente por se tratar de uma espécie em relação ao gênero.

Alguns juristas justificam esta inclusão se valendo das lacunas encontradas na lei, permitindo assim o emprego de analogias: como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo. Conforme Barroso (2006:34), “não existem lacunas no Direito, mas apenas na lei”. Dessa maneira, na falta de regra jurídica positiva que discipline um determinado caso, não se admite a ausência de solução por anomia. Pelo contrário, através de um processo de preenchimento de possíveis vazios normativos chamado de *integração*, pesquisa-se no ordenamento jurídico existente, uma norma capaz de reger adequadamente a hipótese que não foi claramente disciplinada pelo legislador.

Essa questão das uniões homoafetivas, que nas palavras do Ministro Ayres Britto foi considerada “tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia”, faz-nos questionar as contingências que são consideradas pelo ordenamento jurídico. O referido Ministro, por exemplo, ao elaborar o texto de seu voto recorreu a argumentos de outras ciências, como a psicologia, a antropologia, filosofia e sociologia, delineamentos sobre o afeto e a identidade psíquica, aspectos biológicos e, principalmente, ao pluralismo sócio-político-cultural que compõe uma parte da base de valores ponderados na Constituição Federal. Ora, apesar das muitas voltas do discurso, ainda fica claro e determinante em seu voto, a função das analogias para suprir as nítidas lacunas legais.

Esta prática já pode ser observada. Atualmente com a decisão do Supremo Tribunal Federal, as discussões a esse respeito têm um forte fundamento permissivo vindo da mais alta Corte do país. O voto bem fundamentado proferido pelo relator o Ministro Ayres Britto serve de parâmetro para questões que, certamente, ainda incidirão sobre as uniões homoafetivas. Como disse Barroso (2006, p. 06), antes dessa decisão do STF, “toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social”. A identificação das

situações, das lacunas legais, as interpretações feitas, as analogias, servirão, de fato, para dar garantias, a todos os indivíduos, de acesso a direitos possíveis e ao reconhecimento de realidades existentes, desde que condizentes com a interpretação dada pelo STF.

6 CONCLUSÃO

Afinal, seria possível então decidir sobre a vida humana e suas complexas relações sem se considerar a pluralidade de suas idiossincrasias? Acaso os afetos podem ser julgados e limitados pelo direito positivo? As relações estáveis precisam ter um formato cristalizado que não pode evoluir para serem reconhecidas como válidas? Essas questões ainda precisarão ser muito discutidas para que possamos chegar a uma conclusão que agrade a todos, homo ou heteroafetivos. Porém, o que é inegável é que todos possuem direitos garantidos constitucionalmente e como diz a máxima da doutrina jurídica “o que não está legalmente proibido, está legalmente permitido”, as uniões homoafetivas ainda poderão continuar encontrando na decisão do STF e no conhecimento científico, os meios necessários para superar os anos de intolerância e preconceito e sair dos esconderijos para assumir seu papel de entidade familiar socialmente reconhecida.

REFERÊNCIAS

BARBERO, Graciela Haydée. Erotismo em transformação. *Revista Mente e Cérebro*, Pinheiros, SP. v. 14, nº 165, p. 52-57. 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. *Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas*. Tese. Reio de Janeiro: UERJ, 2006.

BRITTO, Carlos Ayres. *Voto do Ministro Relator da ADI 4.277-DF*. 2011.

FACCO, Lúcia. Realidade nem tão colorida. *Revista Mente e Cérebro*, Pinheiros, SP. v. 14, nº 165, p. 58-63, 2006.

FARIAS, Mariana de Oliveira. *Adoção por Homossexuais: concepções de psicólogos judiciais*. 2007. 212 f. Dissertação (Mestre em Psicologia do Desenvolvimento e Aprendizagem). Bauru (SP): UNESP, Faculdade de

Ciências, 2007.

FERNANDES, Jacinta Gomes. *União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, 2008.

HISGAIL, Fani. A ética da psicanálise. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, nº 8, p. 367-373, 2006.

LACERDA, Marcos; PEREIRA, Cícero; CAMINO, Leôncio. Um estudo sobre as formas de preconceito contra homossexuais na perspectiva das representações sociais. *Revista Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 15, n. 1, p. 165–178, 2002.

OLIVEIRA, Márcio S. B. S. Representações sociais e sociedades: a contribuição de Serge Moscovici. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, nº. 55, 2003.

PORCHAT, Patrícia. A Dança dos gêneros. *Revista Mente e Cérebro*, Pinheiros, SP, v. 15, nº 185, p. 44-49, 2008.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 20. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROUGHGARDEN, Joan. Homossexualidade como traço adaptativo. *Revista Mente e Cérebro*, Pinheiros, SP, v. 15, nº 185, p. 50-55, 2008.

SALOME, Geraldo; ESPÓSITO, Vitória; MORAES, Ana Lúcia. O significado da família para casais homossexuais. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, v. 60, n. 5, p. 559–563, 2007.

UZIEL, Anna Paula. Outras formas de ser família. *Revista Mente e Cérebro*, Pinheiros, SP, v. 15, nº 185, p. 56-63, 2008.

Pareceres



Embarcação típica da Amazônia

PARECER EM REPRESENTAÇÃO POR PROPAGANDA
ELEITORAL

Alexssandra Muniz Mardegan – Promotora Eleitoral – 100ª ZE

EXMO. SR. DR. JUIZ ELEITORAL DA 100ª ZONA ELEITORAL
– MARABÁ/PA

PROCESSO Nº 176/54.2012. 6.14.0100

REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

REPRESENTADO: ADELMO AZEVEDO DE LIMA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, por intermédio da Promotora de Justiça que esta subscreve, com atuação junto a esta 100ª ZE, no uso de suas atribuições constitucionais e infraconstitucionais, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 2º, da Resolução nº 23.367/2012/TSE c/c art. 40-B da Lei 9.504/97 oferecer **REPRESENTAÇÃO POR VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA IRREGULAR** em desfavor de ADELMO AZEVEDO DE LIMA, pelas razões de fato a seguir expostas:

Cuida-se de identificação de propaganda irregular, constatada pelo servidor da Justiça Eleitoral, que lavrou Termo de Constatação após empreender diligências e deparar-se com propaganda em forma de pintura em muro de propriedade particular em favor do candidato Adelmo Azevedo de Lima.

Devidamente notificado, o representado ficou-se inerte quanto à manifestação, entretanto, segundo certificou o Cartório, a propaganda foi regularizada.

Destarte, esta é a segunda vez que o candidato, realiza propaganda em desacordo com a norma vigente, já tendo sido demandado pela realização de propaganda extemporânea nos autos do processo nº 20.66-2012.6.14.0100.

Consta dos autos diversas pinturas justapostas em muro de propriedade privada, cujo tamanho excede a olho nu a metragem permitida, conforme se vislumbra às fls. 04. Depreende-se, ainda, que foram feitas várias pinturas estando uma ao lado da outra, sem espaçamento, fls. 06, causando um impacto visual único.

Frise-se que em bem particular a realização de propaganda eleitoral depende apenas do consentimento do proprietário ou possuidor, que deve ser espontânea e gratuita a cessão do espaço, consoante preconiza o art. 37, § 8º da Lei das Eleições. Em tais casos a propaganda pode ser veiculada por meio de fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições, desde que não exceda a 4 metros quadrados. Tal proibição reside de fato que a ultrapassagem do tamanho em comento gera efeito visual idêntico ao *outdoor*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, a conduta do Representado, caracteriza propaganda irregular em razão da justaposição das pinturas nos muros, causando efeito visual único semelhante ao *outdoor*, eis que excedeu o tamanho permitido, logo se impõe o reconhecimento de tal prática. Nesse sentido:

RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2010. REPRESENTAÇÃO. PINTURAS EM MURO. LIMITE DE 4 M². INOBSERVÂNCIA. COMPROVAÇÃO. AURO DE CONSTATAÇÃO. PINTURAS. JUSTAPOSIÇÃO. APELO VISUAL DE OUTDOOR. CARACTERIZAÇÃO. ART. 37, § 2º, DA LEI Nº 9.504/97. APLICAÇÃO. DECISÃO MENTIDA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. 1 - A continuidade entre cartazes ou pinturas de candidatos, cujo conjunto ultrapassa o limite de 4 m², conduz à caracterização do apelo visual de outdoor. 2 - “(...) A justaposição de placas cuja dimensão exceda o limite de 4 m² caracteriza propaganda irregular por meio de outdoor, em razão do efeito visual único. Precedente. (...)” (AgRAI

10.420, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ - de 03.11.2009). 3 - Caso em que restou comprovada a efetiva irregularidade apontada, qual seja, de propaganda eleitoral acima do limite de 4 m², mediante pintura em muro, conforme vedado pela legislação eleitoral, haja vista tratar-se de pinturas justapostas. 4 - Decisão mantida. 4 - Recurso improvido. (Representação nº 773819, TRE/CE, Rel. Cid Marconi Gurgel de Souza. j. 21.11.2011, unânime, DJe 29.11.2011).

Acerca do prévio conhecimento da propaganda irregular, destaque-se que é indiscutível, especialmente porque as pinturas estão gravadas em muros que estão localizados na Avenida Paraíso, Rua Adelina, próximo à casa do representado e Rua Uadi Moussalem, todos os locais estão nas imediações da residência do candidato, logo, não há que se falar em desconhecimento dos fatos ora postos a deslinde.

Observe-se, ainda, que o candidato é, no mínimo, o responsável pela realização da propaganda ou dela participa, tendo em vista que o partido ao qual pertence não está coligado com nenhum outro para eleição proporcional. Soma-se a isso o fato de que foi notificado pela Justiça Eleitoral, entretanto, não apresentou manifestação.

Destarte, as circunstâncias e peculiaridades evidenciam de forma insofismável que o representado teve prévio conhecimento da propaganda irregular, portanto deve ser responsabilizado pela irregularidade perpetrada.

Cumpra destacar que, muito embora, o representado tenha regularizado a propaganda após a notificação, tal fato não possui o condão de elidir o pagamento da multa, dado que há comprovação do conhecimento prévio, logo, o infrator fica sujeito cumulativamente à retirada da propaganda e à multa, nos exatos termos do art. 37, § 2º da Lei das Eleições. Nesse sentido é remansosa a jurisprudência da Corte Eleitoral Superior:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA IRREGULAR. COMITÊ ELEITORAL. PLACAS. METRAGEM SUPERIOR A 4 M². IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO. DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que se aplica aos comitês eleitorais, de candidatos e de coligações partidárias, a proibição de fixação de placas de veiculação de propaganda eleitoral, com dimensão superior a 4 m² (Rp nº 2325-90/DF, PSESS de 03.09.2010, rel. Min. Nancy Andrighi). 2. A Corte de origem assentou - ante as circunstâncias do caso - o prévio conhecimento da propaganda eleitoral irregular. Para avaliar o desacerto dessa conclusão, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que não é possível em sede de recurso especial. 3. A norma que dispõe sobre a prévia notificação do candidato para a retirada da propaganda eleitoral irregular não se aplica à propaganda irregular posta em bem particular. Por outro lado, nada obsta que a configuração do prévio conhecimento dos agravantes tenha decorrido das circunstâncias e peculiaridades do caso (Al nº 9.665/SP, DJE de 02.12.2008, rel. Min. Felix Fischer). 4. Verificada a irregularidade da propaganda em bem particular, sua remoção e a imposição de multa são medidas que se impõem. 5. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 368038, TSE/CE, Rel. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. j. 13.04.2011, unânime, DJe 10.06.2011).

PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. BEM PARTICULAR. RETIRADA. A retirada de propaganda em bem particular, que ultrapassa a dimensão de m2 prevista no § 2º do art. 37 da Lei nº 9.504/97, não afasta a aplicação da multa prevista no § 1º do mencionado dispositivo. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 368208, TSE/RJ, Rel. Arnaldo Versiani Leite Soares. j. 10.02.2011, unânime, DJe 28.03.2011).

PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. BEM PARTICULAR. RETIRADA. PRÉVIO CONHECIMENTO. 1. Por se tratar de propaganda em bem particular, não se aplica a regra do § 1º do art. 37 da Lei nº 9.504/97, que estabelece a não incidência de multa ante a retirada de propaganda veiculada especificamente em bem público. 2. Para afastar a conclusão da Corte de origem de que houve, diante das peculiaridades do caso, o prévio conhecimento da propaganda eleitoral irregular, seria necessário o reexame de fatos e provas, vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 957645755, TSE/CE, Rel. Arnaldo Versiani Leite Soares. j. 10.02.2011, unânime, DJe 22.03.2011).

Ante o exposto, o Ministério Público Eleitoral requer que seja a presente representação recebida e processada, nos termos do art. 8º e ss da Resolução 23.367/11, notificando-se o representado para querendo, apresentar defesa, no prazo legal, e ao final seja julgada procedente condenado o candidato, ora representado ao pagamento de multa nos termos do art. 37,§ 2º da Lei nº 9.504/97, e art. 11, *caput* da Resolução 23.370/2011, do TSE.

Igualmente, esta Representante Ministerial requer que Vossa Excelência se digne a oficiar todos os partidos e coligações concorrentes ao pleito municipal de 2012, no intuito de recomendar a observância das normas atinentes à propaganda eleitoral, pelos argumentos já asseverados neste parecer.

Marabá/PA, 10 de agosto de 2012.

ALEXSSANDRA MUNIZ MARDEGAN

Promotora Eleitoral – 100ª ZE



PARECER EM PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA

Francisco de Assis Santos Lauzid - Promotor Eleitoral – 97ª ZE

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz da 97.ª Zona Eleitoral

Procedimento protocolizado sob o n.º 41.405/2012.

Requerente: FRANCISCO VASCONCELOS PINHEIRO.

Instado a se manifestar por injunção do r. Despacho judicial exarado na fl. (s/n.º), o Promotor Eleitoral sotopostamente firmado, vem, a V. Ex.ª, expor e propugnar pelo que segue ao sul:

O eleitor FRANCISCO VASCONCELOS PINHEIRO, inscrito sob o n.º 011270961392, na 97.ª ZE, Seção 127, obsecrou, somente em 5/7/2012, o desfazimento do registro de sua NÃO FILIAÇÃO PARTIDÁRIA, que equivaleria a uma “exclusão” partidária por via oblíqua, mas sem parâmetro legal, uma vez que se encontra devidamente registrado no PTB, isso desde 8/8/2003.

Esclareceu que seu Partido de origem o PAN, no qual ingressou em 8/8/2003, fundiu-se ao PTB em 2007, tendo, o requerente, até disputado as eleições municipais de 2008, já na qualidade de filiado ao PTB, pelo que atribui a responsabilidade de sua “exclusão” do PTB a algum equívoco operacional de registro (ou falta dele), em decorrência da fusão do PAN com o PTB, ou seja, a erronia por ele indigitada teria sido da Justiça Eleitoral, e não do PTB nem, muito menos, dele próprio, o que não procede, pois está patente a desídia de seu atual Partido, consoante relato ífero.

Consta da documentação *sub examine* informação da Chefia do Cartório da 97.ª ZE de que, nos anos de 2007 usque 2009, o requerente não constava do elenco de filiados no PTB, relação essa enviada pelo próprio PTB que, por incúria, após a fusão com o PAN, deixou de incluir o requerente na lista de seus filiados por três anos a fio, ocasionando, dessarte, a interpretação cincada de que ele havia sido, de fato, excluído do PTB.

Decerto, antes de findo o prazo para sua candidatura, o interessado procurou corrigir essa falha, juntando comprovação de sua filiação partidária ao PTB desde 2003, considerando o tempo incoativamente filiado ao PAN até

a fusão entre esses Partidos em 2007, ou seja, desde 8/8/2003 o requerente encontra-se com sua filiação partidária regular, não se tratando de egresso do PTB, nem por exclusão, nem por apostasia.

A relação de filiados revela os nomes dos filiados que os partidos políticos devem, por seus órgãos de direção municipais, regionais ou nacional, **na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano**, remeter aos magistrados eleitorais para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação partidária para efeito de candidatura a cargos eletivos.

Nessa listagem, devem constar a data de filiação, o número dos títulos e das seções eleitorais em que os filiados estiverem inscritos (art. 19, *caput*, da Lei n.º 9.096, de 19/9/1995, o que, todavia, não foi efetuado pelo PTB no tangente ao nome e demais dados do ora requerente.

A relação de filiados (relação interna) é livremente elaborada pelo partido político no aplicativo Filiaweb do sistema de filiação¹, podendo submetê-la à Justiça Eleitoral pela *internet* para ser processada e armazenada nos mencionados prazos, sendo descartados os registros que contiverem erronias (Res.TSE n.º 23.117, de 20/8/2009, arts. 8.º *usque* 11).

O nome do interessado, para fins de registro e contagem de prazo mínimo para candidaturas porvindouras, passa a figurar no rol oficial de filiados do respectivo órgão partidário somente após o processamento pela Justiça Eleitoral das listas internas submetidas ordinariamente nos meses de abril e outubro, o que o PTB não providenciou, no concernente ao ora requerente, nos anos de 2007 a 2009.

Entrementes, **a filiação partidária não se descaracteriza nem se desconstitui se o filiado, por alguma falha, tiver seu nome omitido na relação do partido político** ou se ocorrer o mero registro de sua desfiliação perante o órgão partidário, cujo cancelamento somente se completará com a comunicação escrita ao juiz da zona eleitoral em que for inscrito (art. 21, parágrafo único, da Res. TSE n.º 23.117, de 20/8/2009).

Ressalte-se, por fim, que o enunciado da Súmula n.º 20 do Tribunal Superior Eleitoral (publicada no DJ de 21, 22 e 23/8/2000) dispõe que “a falta do nome do filiado ao partido na lista por este encaminhada à Justiça Eleitoral, nos termos do art. 19 da Lei 9.096, de 19/9/1995, **pode ser suprida por outros elementos de prova de oportuna filiação**”, o que, de fato, ocorreu com

¹ O Filiaweb é a aplicação desenvolvida pela Justiça Eleitoral para que os partidos e os cidadãos possam interagir de forma *on-line* com o Sistema de Filiação Partidária.

expressa declaração de filiação pelo PTB, ainda que serodidamente apresentada em 5/7/2012.

Em verdade, o interessado, em concurso com o PTB, também teve sua parcela de culpa concorrente, pois ele poderia ter dado conta de que sua filiação havia sido omitida pelo PTB, simplesmente consultando a relação oficial de filiados dos partidos políticos, disponível na página do TSE, podendo até emitir a certidão de filiação partidária, se esse fosse o caso, porém, optou por aguardar passivamente a sua candidatura, deparando-se com o problema de sua “exclusão” somente na véspera desta.

O nome do interessado passa, assim, a figurar na relação oficial de filiados do respectivo órgão partidário após o processamento pela Justiça Eleitoral das relações internas submetidas ordinariamente nos meses de abril e outubro, desde que não haja erros no registro de filiação (art. 10, parágrafo único, da Res. TSE n.º 23.117, de 20/8/2009).

Quadra esclarecer que mesmo antes da disponibilidade da *internet*, a informação sobredita quanto à filiação partidária poderia ter sido obtida no respectivo órgão partidário municipal, no cartório eleitoral responsável pelo município de domicílio do filiado, no Tribunal Regional Eleitoral correlato ou no Tribunal Superior Eleitoral, mas o interessado escolher dormir desde 2007 até a véspera de sua candidatura.

Aqueles que tiverem sido prejudicados, por desídia ou má-fé do partido político ao qual estão filiados, podem requerer, diretamente ao juiz da zona eleitoral onde forem inscritos, a intimação do Partido para que cumpra, no prazo que fixar, não superior a 10 (dez) dias, o que prescreve o caput do art. 4.º da Res.-TSE n.º 23.117, sob pena de desobediência (art. 4.º, § 2.º, Res.TSE n.º 23.117, de 20/8/2009).

As relações submetidas à Justiça Eleitoral em decorrência da referida determinação judicial serão processadas em procedimento próprio nos meses de junho e dezembro, conforme peanha no art. 20 da Res. TSE n.º 23.117, de 20/8/2009.

Decerto, o cancelamento imediato da filiação do requerente somente seria possível nos casos de óbito, perda dos direitos políticos, expulsão e outras formas previstas no Estatuto dos partidos políticos, consoante acólito no art. 22, incisos I *usque* IV da Lei n.º 9.096, de 19/9/1995, como também poderia ser cancelada judicialmente ou pelo sistema quando fosse comprovada a existência de **duplicidade**, segundo o procedimento trilhado no art. 12 da Res. TSE n.º 23.117, de 20/8/2009, o que não ocorreu na espécie.

Se o cancelamento da filiação for decorrente de decisão judicial, o interessado poderá, patrocinado por advogado, interpor recurso, observadas as formalidades lastradas nos arts. 257 *et seqq.* do Código Eleitoral e no art. 6.º do Provimento n.º 2/2010-CGE, mas, no caso em tela, como o requerente encontrava-se filiado desde 8/8/2003 (PAN), tendo até se candidatado em 2008 pelo PTB, a situação de “exclusão” de sua filiação operou-se automaticamente em decorrência de atualização do sistema com soclo nas listas enviadas pelo PTB, sem que constasse o nome do requerente, após a fusão do PTB com o PAN, passando a figurar como “cancelada”, nos termos do art. 12, § 5.º, da Res. TSE nº 23.117, de 20/8/2009, o que autoriza, o interessado, suplicar a regularização de sua filiação ao juiz da zona eleitoral onde está inscrito.

Em verdade, ao que parece, nem sequer seria o caso de “cancelamento” de registro, pois, segundo consta, o que se tem no sistema da Justiça Eleitoral é a falta de registro de filiação partidária, o que pode ter decorrido, após a fusão, do simples fato de o PTB ter omitido o nome do requerente do seu elenco de filiados, no qual referido nome deveria constar como filiado desde 8/8/2003, quando ingressou no PAN, ulteriormente incorporado pelo PTB em 2008.

Para concorrer a cargo eletivo, o interessado deve estar filiado ao partido por pelo menos um ano antes do dia fixado para as eleições, consoante espeque no (art. 18 da Lei n.º 9.096, de 19/9/1995; art. 9.º da Lei n.º 9.504, de 30/9/1997) ou em prazo superior fixado no estatuto partidário (art. 20 da Lei n.º 9.096, de 19/9/95), que não pode ser alterado no ano de realização do pleito, o que, de fato, o suplicante logrou demonstrar por meio de declaração do PTB, chancelada em 5/7/2012, asseverando a filiação correlata desde 8/8/2003, data em que o requerente filiou-se ao PAN, isso porque como houve fusão ou incorporação de dois partidos políticos, a data a ser considerada para fins de filiação partidária será a do ingresso no partido de origem, e não a data da fusão.

Ex positis, o Promotor Eleitoral propugna pela regularização do registro de filiação partidária do requeute no PTB desde a data em que ele se registrou no PAN, Partido por aqueloutro encampado mediante fusão partidária, i.e., desde 8/8/2003.

Aguarda deferimento.

Belém, 17 de julho de 2012.

FRANCISCO DE ASSIS SANTOS LAUZID

Promotor Eleitoral

PARECER EM PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA

Josélia Leontina de Barros Lopes - Promotora de Justiça Eleitoral – 23ª ZE

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 23ª ZONA ELEITORAL –
MUNICÍPIO DE MARABÁ/PA,**

Processo Administrativo nº 417-65.2012.6.14.0023
Autos de Pedido de Registro de Candidatura - Eleições/2012 -
NOVA IPIXUNA MARABÁ/PA
Interessado: VALDEMIR DE JESUS FERREIRA
Cargo: Vereador

Cuida-se de pedido de registro de candidatura de Valdemir de Jesus Ferreira, ao cargo de vereador, para o pleito municipal do próximo dia 07.10.2012, em Nova Ipixuna/PA, integrante desta 23ª Zona Eleitoral, com sede em Marabá/PA.

As informações e os documentos necessários, nos termos dos arts. 26 e 27 da Resolução nº 23.373/TSE (Instrução nº 1450-86.2011.600.0000), constam nos autos, não havendo quaisquer irregularidades que ensejem a baixa dos autos em diligência.

O pedido foi protocolizado no prazo legal tendo sido as peças devidamente autuadas.

Foi apresentada impugnação ao pedido de registro, sob o argumento de que o candidato estaria inelegível para concorrer a outro cargo há menos de 6 meses do pleito eleitoral, em função de ter assumido a Prefeitura, dada a ausência do prefeito, do vice-prefeito e do presidente da Câmara, tendo recaído sob o impugnado na condição de 1º Secretário da Casa Legislativa. Foram juntados documentos.

Em contestação, o impugnado refuta todas as alegações e diz que foi vítima de uma armação, tendo em vista que o vice-prefeito estava na cidade no dia em que assumiu a Prefeitura, porém, somente percebeu tal situação, duas horas após ter assumido. Posteriormente, registrou ocorrência policial, bem como obteve declaração com assinatura reconhecida em cartório de

testemunhas que viram o vice-prefeito, Sr. Raimundo Lisboa da Silva em Nova Ipixuna. Juntou documentos.

Vieram os autos ao *Parquet*.

O feito está regularmente instruído, não havendo necessidade de baixa dos autos em diligência, haja vista que toda a documentação necessária e as informações pertinentes constam nos autos, nos termos exigidos pela Resolução nº 23.373/TSE.

Prima facie, necessário se faz asseverar que a *ratio juris* da regra constitucional trazidas pelo art. 14, § 6º da Lei Maior é no sentido de evitar que aquele que ocupa cargo no Executivo e deseja concorrer a outro cargo, não utilize tal condição para a prática de atos abusivos, que causem desigualdade entre os candidatos e desequilíbrio no pleito.

Nessa esteira, sobreleva destacar que embora formalmente o impugnado tenha assumido o cargo de prefeito, ainda que por duas horas, nenhum ato praticou nessa condição, ou se apresentou como tal, não tendo, portanto, utilizado o cargo como Chefe do Executivo, para a prática de qualquer ato.

Consta dos autos provas de que tudo foi uma fraude, pois o vice-prefeito estava na cidade, consoante declarações e boletim de ocorrência feitos na época dos fatos; logo, denota-se que houve nítido intuito de provocar a inelegibilidade do impugnado. Soma-se a isso o fato de que a substituição foi temporária de apenas um dia, formalmente falando.

Assim, à luz do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, desprové a alegação de inelegibilidade, bem como não há questões relacionadas a homônimas, estando presentes as condições de elegibilidade, razão pela qual pugna o RMPE que seja julgada improcedente a impugnação apresentada.

Pelo exposto, presentes as condições de elegibilidade, estabelecidas no § 3º, art. 14 da Constituição Federal c/c art. 9º da Lei 9.504 e art. 26 e 27 da Resolução 23.373 e apresentados os documentos exigidos o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL opina pelo DEFERIMENTO do pedido.

Marabá/PA, 27 de julho de 2012.

Josélia Leontina de Barros Lopes
Promotora de Justiça Eleitoral - 23ª ZE

Entrevista



Vitória-régia (Museu Emílio Goeldi)



José Fernando de Mendonça Gomes Júnior*

Em entrevista nesta edição, o Gerente Regional de Relações Institucionais da Vale Pará e Maranhão e atual Presidente do Sindicato das Indústrias Minerais do Pará (Simineral), José Fernando de Mendonça Gomes Júnior, fala sobre os grandes projetos desenvolvidos na Amazônia vinculados às empresas mineradoras do Pará, que produzem um recorde de 80% na geração de renda e emprego de mão-de-obra nos municípios paraenses.

Graduado em Gestão de Negócios e Pós-Graduado em Gestão com Pessoas pelo Centro Universitário do Pará (Cesupa), Fernando Gomes Júnior, 43 anos, natural de Belém (PA), foi Consultor Parlamentar das Federações das Indústrias do Pará (Fiepa), Comércio do Pará (Fecomércio), Agricultura do Pará (Faepa), Câmara de Dirigentes Lojistas (FCDL e CDL) e Associação do Comércio do Pará (ACP).

Prestou assessoria parlamentar ao Senador Jarbas Passarinho e ao Deputado Joaquim Passarinho. Foi ainda Assessor Especial do Governador Simão Jatene em sua primeira gestão no Governo do Estado do Pará.

Também exerceu o cargo de diretor da Associação das Indústrias Minerais do Pará (ACP), Federação da Indústria do Pará (Fiepa), Federação das Micro e Pequenas Empresas e Vice-Presidente do Centro das Indústrias do Pará (Cip).

* Por Hêlio Rubens Pinho Pereira, Promotor de Justiça

1 - O senhor considera que o modelo adotado pelo setor mineral no Pará, segundo o qual seus funcionários ficam isolados em cidades cercadas do restante da comunidade dos Municípios em que os projetos são executados, prejudica a imagem do setor no nosso Estado?

R. Historicamente, na implantação dos grandes projetos na Amazônia o planejamento era realizar um ordenamento territorial para abrigar seus projetos e funcionários, mas também para vender uma imagem de ordenamento territorial, comuns as grandes empresas de mineração na Amazônia. Hoje as empresas mineradoras têm outra visão, o da empresa próximo da comunidade, onde traz a evolução do entendimento sobre o setor mineral fez com que a formatação de projetos fosse se modernizando. O modelo site in situ hoje não é mais praticado. Vilas padrão Mineração Rio do Norte, no município de Oriximiná e Carajás, em Parauapebas, não são mais replicados em novos projetos. Hoje os empregados dos projetos vivem junto com a comunidade locais, totalmente inseridos no cotidiano dos cidadãos onde se inserem os projetos. Os melhores exemplos são da Norsk Hydro na Mineração Paragominas, da Alcoa em Juruti, do projeto Sossego da Vale, em Canaã dos Carajás. Lá o filho do funcionário estuda no mesmo colégio do filho de qualquer cidadão local.

2 - O senhor considera que os paraenses se sentem fazendo parte da indústria mineral? O setor preocupa-se com essa integração?

R. A indústria mineral pode ser entendida como fator de desenvolvimento regional. O melhor exemplo é o sudeste paraense, cuja participação no PIB praticamente dobrou em 10 anos. A pujança do setor mineral faz, por exemplo, com que Parauapebas seja o segundo município na distribuição de ICMS do Pará. Dois oito maiores PIBs per capita, cinco tem base mineral. Esses números representam bem a inserção da indústria mineral no dia a dia da sociedade onde há projetos em produção, aliado a isso, a mineração no Pará passou por diversas fases, considero que houve um grande avanço, prova disso é o papel do SIMINERAL na sociedade paraense, disseminar a cultura mineral é o mais importante objetivo do SIMINERAL e seu maior desafio institucional, podemos citar algumas ações qualitativas, o lançamento do 1º anuário da mineração, da Frente Parlamentar pelo Desenvolvimento Sustentável da Mineração, a Casa da Mineração, que além de abrigar a sede

do SIMINERAL e IBRAM, teremos exposições permanentes para que as escolas públicas e qualquer cidadão conheçam a mineração paraense. O setor mineral se preocupa também com a nova geração, levar o anuário para as escolas públicas e particulares, universidades, e o próprio concurso de redação realizado em parceria com a SEDUC demonstram o interesse em informar a sociedade a respeito da mineração do estado

3 - O setor mineral no Pará procura, hoje, utilizar a mão de obra local nos seus projetos?

R. Existem empresas do setor mineral paraense que cerca de 80% da mão-de-obra é local. As Indústrias mineradoras hoje trazem em suas diretrizes o investimento na capacitação. Podemos citar ao curso de engenharia de minas em Marabá, o pólo da UFPA em Parauapebas, entre outras ações que evidenciam o interesse em investir no desenvolvimento local. Além disso, as pesquisas demonstram que a cada emprego gerado diretamente em projetos minerais, outros 13 são criados de forma indireta. O Pará tem batido recordes em número de geração de emprego. Agora no mês de agosto, foi publicado pelo Diário on line (Diário do Pará) divulgou dados sobre a Geração de Empregos Formais no Setor Extrativo Mineral nos Estados da Região Norte, mostrando o Pará como maior destaque, tanto nas análises do mês de julho, como dos sete primeiros meses de 2012 e também dos últimos 12 meses. De acordo com as análises no mês de julho/2012, foram feitas no Setor Extrativo Mineral em toda a Região Norte, 790 admissões contra 332 desligamentos, gerando um saldo positivo de 458 postos de trabalhos com crescimento de 1,85% na geração de empregos formais. Desse total, cerca de 84,00% foram gerados no Estado do Pará, 387 postos.

4 - Os Paraenses ocupam cargos técnicos ou continuam exercendo apenas funções subalternas?

R. Temos tido uma evolução muito grande, hoje muitos paraenses ocupam cargos de destaques nas mineradoras, como o engenheiro João Coral, que se formou na UFPA e ocupa a diretoria global de energia na VALE. Eu mesmo, sou paraense, ocupo um lugar de destaque de uma empresa mineradora e presido o sindicato da categoria.

5 - Quais os projetos de infraestrutura permitiriam a verticalização da produção mineral no Pará?

R. A mineração se faz presente em toda e qualquer ação da sociedade. Desde o momento em que acorda que se dirige ao banheiro, toma banho ou escova os dentes, há algo oriundo da mineração. No Pará dois grandes segmentos podem direcionar a verticalização. O alumínio, com três projetos de bauxita (MRN, Alcoa e Hydro) e sua transformação que ocorre em Barcarena, onde é possível se extrair o alumínio e transformá-lo em cabos e vergalhões de alumínio, por intermédio da Alubar. Outro é o minério de ferro, produzido em Carajás (Vale) e Floresta do Araguaia (Mineração Floresta do Araguaia). Parte desse minério é transformada em ferro gusa, em Marabá. Ao redor da mesma cidade, a Vale está desenvolvendo o projeto Alpa, cuja produção de aços laminados será destinada, principalmente ao mercado interno. A Sinobras, via projeto Aline, verticalizará parte do que a Alpa produzirá no mercado, incentivando a criação de um pólo metal mecânico na região, podemos produzir gôndolas, barcaças, vagões de trem, entre outros.

6 - A hidrovía do Tocantins, que estava prevista no PAC, mas foi retirada do orçamento no apagar das luzes, não gerou revolta na sociedade, a que o senhor confere essa “apatia”?

R. A Hidrovía Tocantins já é uma realidade. Já está sendo realizado o projeto executivo da hidrovía, onde o mesmo vai ser doado para o DNIT licitar o derrocamento. O derrocamento do “pedral do Lourenço”, a jusante de Marabá retornou às prioridades do governo, devido a uma ação bem sucedida do empresariado de Marabá, com apoio de toda a população regional. Essa maturidade representa bem a inserção dos projetos minerais nos anseios da sociedade e a boa sintonia entre os interesses locais com projetos de geração renda e retorno para o município, a região e toda a Amazônia.

7 - As empresas de mineração veem a questão ambiental como um custo indesejável ou como um investimento em segurança, que acaba por evitar problemas futuros (desastres ambientais), que, potencialmente, podem gerar um prejuízo financeiro bem maior que os gastos com a prevenção?

R. Discordo, hoje as empresas fazem a mineração na Amazônia investindo em sustentabilidade, meio ambiente e segurança, priorizando as peculiaridades locais, principalmente no investimento social. As principais questões ambientais da mineração são aquelas relativas à garantia de acesso aos recursos naturais e minerais, fontes de energia e gestão energética, biodiversidade e florestas, mudanças climáticas, gestão de resíduos e de segurança de barragens de rejeitos e emissões atmosféricas, além de questões de saúde e segurança. O avanço tecnológico na mineração afeta positivamente a mineração de várias formas: as modernas formas de pesquisa geológica tornaram a mineração mais precisa, na busca de novos depósitos, o que resulta em menor consumo de recursos naturais e menor geração de resíduos; jazidas outrora inviáveis, devido à baixa concentração de minérios, são hoje exploradas com resultados econômicos satisfatórios, graças a modernas técnicas de concentração e separação de minérios; tecnologias permitem hoje a mineração em áreas que no passado eram considerados como pilhas e barragens de rejeitos, gerando uma nova safra mineral. A melhora dos processos permitiu a redução de custos operacionais, extensão da vida útil das jazidas e a adoção de práticas voluntárias de gestão ambiental. Ao longo dos últimos 20 anos, a percepção sobre sustentabilidade das empresas ganhou contornos mais aprofundados ao extrapolar a dinâmica ambiental e passar a incluir o desenvolvimento econômico e social.

8 - O Senhor considera que as condicionantes impostas pelo poder público aos projetos de mineração, atendem aos interesses ambientais e sociais?

R. Hoje ao montar um projeto de base mineral, há três segmentos a serem equacionados: econômico, ambiental e social. Os dois primeiros são muito bem entendidos, todavia o social é o grande desafio de qualquer empreendimento, pois envolve seres humanos, e no Pará, como em toda a Amazônia, este desafio é ainda maior. A cada novo projeto, em sua fase de licenciamento é um aprendizado. A sociedade paraense tem demonstrado um grau de maturidade muito grande e profícuo, quer em reuniões diretas com os gestores do projeto e com o poder público. Por outro lado, o órgão ambiental vem também dando respostas aos anseios da sociedade, a SEMA – Secretaria de Meio Ambiente tem cumprido ao arcabouço jurídico criado pelo COEMA – Conselho de Meio Ambiente, que seus integrantes fazem parte da sociedade civil. O GT da Mineração é outra iniciativa que interage com o poder público, empresa

e entidades e têm possibilitado a discussão em torno dos principais gargalos da questão ambiental, principalmente social. Estatisticamente, as maiores demandas das condicionantes ambientais vêm do lado social. E a resposta tem sido dada. O projeto Paragominas é considerado um bom exemplo de seu questionamento.

9 - O tipo de condicionante (ambiental e social) utilizado no Brasil mostra-se compatível aos modelos utilizados em países como Austrália e Canadá?

R. Acho que temos que focar as questões locais, os dois países citados tem forte base mineral, mas as demandas de suas populações são diferentes das do Brasil e do Pará, especificamente. Por exemplo, o IDH da Austrália e do Canadá estão colocados entre os mais avançados do mundo, o mesmo ocorrendo com infraestrutura, educação, saúde e segurança. Nesse sentido, é difícil traçar um paralelo entre as condicionantes de um projeto no interior do Pará com as dos países tomados como exemplo. No Brasil, especialmente o Pará, cumpre-se a legislação vigente.

10 - Em que sentido pode-se afirmar que a produção mineral propicia um desenvolvimento sustentável?

R. No Pará existem projetos minerais na parte nordeste, leste e sudeste. Em todos os municípios onde esses projetos são desenvolvidos verifica-se incremento no IDH, índice Firjam, aumento na arrecadação do ICMS e consequentemente melhoria na qualidade de vida da população. Paralelo a esses avanços há projetos de integração com a população, mostrando a interação dos projetos com seu entorno. A MRN, por exemplo, incentiva a população a criar peixes e hoje adquire toda sua demanda via população, o mesmo ocorre com as verduras. Trabalhos voltado para educação nas universidades, sindicatos e comunidades fizeram com que houvessem avanços na educação em todos os níveis. Ainda lá em Oriximiná, há um projeto que os quelônios (tartarugas, principalmente) tivessem suas reproduções a margem de depredações locais.

11 - O mercado paraense permite o ingresso de empresas mineradoras de médio porte no setor mineral?

R. No Pará há municípios mineradores de grande, médio e pequeno portes. Floresta do Araguaia, por exemplo, é um município voltado para pequenos projetos (ouro da Reinarda e minério de ferro, da Mineração Floresta do Araguaia). Curionópolis abriga projetos de médio porte (ouro da Colossus, minério de ferro Serra Leste e cobre Cristalino, ambos da Vale). Os pequenos e médios projetos têm uma grande vantagem para o Pará, porque eles democratizam da indústria mineral e ocupam nichos importantes desse segmento econômico.

12 - O poder público mostra, claramente, seu interesse de aumentar a taxaço do setor mineral, o senhor acredita que os recursos arrecadados estão, de forma geral, sendo bem aplicados?

R. Todo projeto só é bem avaliado se tiver a participação dos 3 segmentos: governo, povo e sociedade. Nesse sentido o MP pode ser considerado o parceiro ideal para avaliar os gestores municipais. Parauapebas, por exemplo, com a CFEM (royalties minerais) que recebe, se ela fosse dividida equitativamente à população daria cerca de mil reais per capita. É preciso que o governo seja transparente ao reverter essa arrecadação em benefícios a sociedade.

13 - Como o senhor imagina o futuro da mineração no Estado do Pará () tanto na questão social, ambiental e econômica?

R. O minério é um bem da União, portanto, sua exploração deve contemplar a população de seu entorno. Como já citado, o sudeste paraense evoluiu muito em termos econômicos, ambientais e sociais. No início da década de 80 Parauapebas era um aglomerado de pessoas em torno do projeto Carajás. Curionópolis era uma guarita. E hoje são municípios que prestam serviços relevantes a região. As audiências públicas que aprovam qualquer projeto mineral seguem as principais demandas da população. Assim é a mineração moderna, com metas claras de sustentabilidade, mas que depende, cada vez mais, da maturidade de sua população para que os frutos sejam saudáveis e sirvam para todos evoluírem sustentavelmente.

O Pará já é o segundo PIB mineral do Brasil em 30 ou 40 anos. Nos próximos anos seremos o primeiro PIB mineral do Brasil. Nosso futuro está ligado de forma muito próxima ao nosso relacionamento com o setor mineral e alguns outros setores de exploração dos recursos naturais. Se nós tivermos a sabedoria

e a prudência de construirmos um marco regulatório que permita a criação de um ambiente de sustentabilidade social para os grandes investimentos de mineração, acredito que o Pará tem tudo para ser um grande vetor do desenvolvimento nacional, como já é hoje. Um exemplo é o superávit da balança comercial que gera, ano a ano, permitindo que o Brasil tenha uma moeda forte e se coloque com soberania no cenário econômico internacional.

Sugestão de Leitura



Mangal das Garças



SUGESTÃO DE LEITURA

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins. *Comentários à Lei dos resíduos sólidos : Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (e seu regulamento)*. São Paulo: Pillares, 2011. 255 p. ISBN 9788589919920.

“O livro trata da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010), apresentando um panorama geral da gestão dos resíduos sólidos no país, uma análise dos diversos dispositivos constantes na recente lei e em seu regulamento. Estão inclusos, também, comentários sobre o processo de formulação desse importante diploma legal. Dessa forma, o livro presta relevante serviço ao facilitar o entendimento dos vários dispositivos que integram a nova lei, beneficiando aplicadores do Direito, estudantes, gestores públicos e privados, os geradores de resíduos e a população em geral”.

Fonte: <http://www.editorapillares.com.br/comentarios-a-lei-dos-residuos-solidos.p.php>

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*: De acordo com o Código Eleitoral e cõa a Lei 9.504/97, modificada pelas leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06, 12.034/09 e Lei compl. 135/10 (Lei da Ficha Limpa). Curitiba : Juruá, 2012. 432 p. ISBN 978-85-362-3729-9. Inclui Índice alfabético remissivo e Bibliografia.

“Sobre a obra: Sumário: A Política e a Propaganda. A Eleição e o Poder Judiciário. A Vontade Política dos Juízes – Conflitos. Os Princípios da Propaganda Política. A Responsabilidade sobre a Propaganda Eleitoral. A Propaganda Oficial e as Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais. A Prestação de Contas. O Abuso do Poder Econômico e Político – A Compra de Voto. A Propaganda Partidária. Pesquisas e Testes Pré-Eleitorais. Os Debates. Propaganda Fora de Época ou Antecipada. Propaganda Eleitoral em Jornais e Revistas. A Programação Normal das Emissoras Durante a Campanha Eleitoral. A Propaganda Eleitoral Gratuita. O Direito de Resposta. Normas Eleitorais e Normas Municipais – Conciliação. Formas de Propaganda - Permitidas – Proibidas. O Dia da Eleição - A “Boca de Urna”.”

Fonte: http://www.juruua.com.br/shop_item.asp?id=22567

FERRAZ, Carolina Valença (Coord.); LEITE, Glauber Salomão (Coord.); NEWTON, Paulla Christianne da Costa (Coord.). *Cidadania Plural e Diversidade: A Construção do Princípio Fundamental da Igualdade nas Diferenças*. São Paulo: Verbatim, 2012. 288 p. ISBN: 978-85-61996-65-9. Coletânea de autores.

“A análise de temas pertinentes à diversidade pressupõe o resgate das diferenciações biológicas, étnicas, culturais, sociais, econômicas, políticas, religiosas e históricas, confirmando a existência das sociedades plurais, consolidadas sob os pilares das diferenças que ungem o tecido social.

Na presente coletânea, pretendemos aprofundar, através da visão analítica de doutos juristas, nacionais e estrangeiros, sob a perspectiva de diversos campos do direito, os temas essenciais e de debate atual que se consolidam em torno da dignidade, equidade, liberdade e igualdade na conformação da unidade e na confirmação do direito a viver, auspicar e conviver harmonicamente com as diferenças. Trata-se de congregar os ditames da igualdade, em suas múltiplas vertentes, e o respeito às diferenças”.

Fonte: <http://livrosjuridicos.editoraverbatim.com/produto58.html>

FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. 477 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia.; Fechamento desta edição: 30/03/2012. ISBN 9788502170308.

“As 477 páginas do livro foram escritas por 30 autores de todo o país, entre pós-doutores, doutores, mestres, professores, advogados, procuradores e juizes. Segundo os coordenadores, a obra, que é inédita no Brasil, é a mais ampla e abrangente sobre o tema e faz análise jurídica com perspectivas do direito do trabalho, previdenciário, consumidor, penal, dentre outros de utilidade do deficiente. Direito à liberdade, saúde, educação, intimidade, vida privada e integridade física e mental também são abordados pelos autores”.

Fonte: <http://www.deficienteciente.com.br/2012/05/idp-lanca-manual-dos-direitos-da-pessoa-com-deficiencia.html>

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Benefício assistencial ao idoso e aos portadores de deficiência (LOAS): Teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2012. 156 p. Inclui índice alfabético remissivo. ISBN 9788536237046.

“A Coleção Prática, Processo e Jurisprudência Previdenciária sob a coordenação da professora e advogada Melissa Folmann vem suprir uma necessidade do mercado editorial percebida pela autora em seus anos de advocacia e de magistério em cursos de capacitação de advogados. Cada volume da coleção representa um instituto do exercício da advocacia, seja no pertinente aos benefícios previdenciários, seja no tocante aos recursos processuais em si. Para tanto cada volume está distribuído da seguinte forma:

- Texto explicativo sobre o tema com linguagem clara, prática e sem qualquer pretensão acadêmica;
- Atendimento ao cidadão: explicação sobre o primeiro atendimento ao cliente;
- Modelos de peças;
- Legislação sobre o tema;
- Súmulas sobre o tema;

Enfim, uma coleção pensada por quem exerce a advocacia previdenciária no dia a dia”.

Fonte: http://www.jurua.com.br/shop_item.asp?id=22559

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Morrer e suceder: Passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 448 p. Inclui Bibliografia. ISBN 978-85-203-4196-4

“A concorrência sucessória tem sido a razão de extrema dificuldade na lida jurídica de advogados e julgadores porque as regras que regem a concorrência do cônjuge sobrevivente com descendência híbrida do falecido (comuns e exclusivos) formam um conjunto disciplinar anômalo e inaplicável matematicamente. Além disso, o regramento que vige para a concorrência do companheiro sobrevivente está contido em dispositivo absolutamente inconstitucional. Ao legislador brasileiro faltou o zelo e a atenção na elaboração da regra, formulando um comando fora da sucessão legítima (art. 1.790. CC), não incluindo a pessoa do companheiro sobrevivente no mesmo nível e locus de equalização da pessoa do cônjuge sobrevivente (art. 1.829. CC). Ao analisar todas estas disfunções legislativas, a autora busca a formulação de eventuais chances de aplicação da lei nos casos concretos”.

Fonte: <http://www.rt.com.br/?sub=produto.detalhe&id=48982>

LEITE, George Salomão (Coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*; Alexandre de Moraes ... [et al.]. Salvador: JusPODIVM, 2012. 574 p. ISBN 9788577615605.

“Por todo o conjunto da vida e obra do Professor e Ministro GILMAR MENDES não se poderia deixar de prestar a homenagem que ora se consubstancia nesta coletânea e que se espera tenha a merecida e desejável acolhida pelo público leitor. A todos os que colaboraram para tanto, especialmente os autores que se dispuseram a participar do presente livro, agradecemos pela aceitação convite e pelo esmero na produção dos textos. Ao homenageado, desejamos que siga tendo motivação e energia para seguir – na condição de integrante da Justiça Constitucional – trabalhando pela Democracia e pelos Direitos Fundamentais”.

Fonte: <http://www.editorajuspodivm.com.br/produtos/ingo-wolfgang-sarlet/jurisdicao-constitucional-democracia-e-direitos-fundamentais/777>

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 494 p. ISBN 978-85-203-4192-6. Inclui Bibliografia.

“O célere e impactante evoluir dos fatos sociopolítico-econômicos no último quartel do século passado, quadro que se acentuou desde o limiar do novo milênio, repercutiu fortemente no âmbito do Direito, o que bem se compreende, já que este é um produto cultural, sendo, pois, natural sua aderência aos acontecimentos emergentes ao interno da coletividade. Tal repercussão se deu assim no Direito Positivo como na prática judiciária: no primeiro caso, pode ser lembrada a criação de categorias e institutos (novas figuras contratuais, como o leasing, o franchising, as locações em time sharing) e o surgimento de novas formas de convivência social (v.g., a união estável as relações homoafetivas) no segundo caso, formatou-se um novo ambiente processual, marcado pela tendência à sumarização dos procedimentos e pela busca da celeridade (não raro a qualquer preço), dando azo a institutos como a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, o procedimento monitório, os julgamentos em bloco ou por amostragem, a projeção panprocessual da eficácia do direito sumular, dentre outros expedientes. Esse

renovado panorama teve dupla etiologia: por um lado, foi ensejado pela explosão da litigiosidade que se deflagrou desde o último quartel do século passado, a exigir uma releitura dos três pilares em que se funda o Processo Civil - Ação, Processo, Jurisdição - e, por outro lado, registrou-se crescente afluxo dos conflitos multiplexos, que vão além das crises estritamente jurídicas, tocando outras searas do conhecimento, a par de empolgar segmentos expressivos da coletividade (interesses coletivos em sentido estrito), quando não ela própria como um todo (interesses difusos), tudo engendrando crescente dificuldade para a aplicação de tradicionais categorias e conceitos, concebidos e praticados em outros tempos”.

Fonte: <http://www.livrariart.com.br/produto/49081-acesso-a-justica>

MATTOS NETO, Antonio José de (Org.); LAMARÃO NETO, Homero (Org.); SANTANA, Raimundo Rodrigues (Org.). *Direitos humanos e democracia inclusiva*. São Paulo: Saraiva, 2012. Coletânea de autores. ISBN: 9788502175778.

“Apesar de os artigos dessa obra coletiva tratarem de temas bastante distintos, direito ambiental, internacional, propriedade intelectual, direito do consumidor e processo civil, para citar alguns, todos têm a democracia e os direitos humanos como norte normativo. Partem do pressuposto da indivisibilidade dos direitos humanos e da necessidade de desenvolver um olhar sobre as relações jurídico-políticas da Amazônia. Boa parte dos artigos confere centralidade aos direitos de categorias sociais marginalizadas: comunidades tradicionais, povos indígenas, negros, pessoas com deficiência e trabalhadores em condições precárias de trabalho figuram o polo da exclusão”.

Fonte: <http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/catalogoLivrosDetalhe.aspx?Isbn=9788502175778>

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luis. *Direito eleitoral: Para compreender a dinâmica do poder político*. 4. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2012. 341 p. ISBN 978-85-7700-514-7. Inclui Índice de legislação, Onomástico e quadro comparativo das reformas político-eleitorais mais recentes.

“A presente obra objetiva fornecer visão sistemática e panorâmica sobre os temas mais importantes do direito Eleitoral, expondo-os no mais das vezes de modo conciso. Com isso, a um só tempo, permite-se ao leitor a compreensão aberta dos principais institutos político-eleitorais e também preencher lacuna editorial com esse perfil abrangente. Mas tudo sem dispensar a quem quer que seja da consulta obrigatória dos renomados eleitoralistas pátrios.

Na parte prática do texto encontram-se comentários sobre os procedimentos eleitorais em espécie (registro de candidaturas, impugnação de registro de candidaturas, ação de investigação eleitoral, ação de impugnação de mandato eletivo, recurso contra a diplomação e ação penal eleitoral), oferecendo ao público os fluxogramas facilitadores para compreensão dos respectivos assuntos”.

Fonte: <http://www.conjur.com.br/loja/produto/direito-eleitoral-compreender-dinamica-poder-politico-edicao>

SCAFF, Fernando Facury (Coord.); CONTI, José Mauricio (Coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1.342 p. ISBN 978-85-203-2980-1. Coletânea de autores.

“O tema Orçamentos Públicos, tal como outros que integram o Direito Financeiro, vem galgando novos espaços nas análises doutrinária e jurisprudencial brasileira, embora ainda sejam escassos os livros que tratam do assunto. Esta obra coletiva procura suprir, ao menos em parte, esta lacuna. Surgiu de trabalhos desenvolvidos por docentes de diversas Instituições de Ensino, profissionais da área e de discentes da matéria Direito Financeiro, que se desdobra em várias disciplinas no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. Não obstante o enfoque predominantemente jurídico, encontrará o leitor economistas, contabilistas, administradores e outros acadêmicos e profissionais de áreas afins que não podem faltar quando se discute um tema interdisciplinar como este. Nesta obra, o tema Orçamento Público é tratado de forma abrangente, sendo abordados sob seus vários aspectos, tais como a elaboração e execução dos orçamentos, o planejamento, administração e gestão governamentais, políticas públicas, dívida pública e fiscalização e controle da administração pública, como verá o leitor nas sete partes em que se divide. O rol dos mais de cinquenta artigos que a integram, bem como dos autores que colaboraram para este debate, demonstram a busca por novos caminhos na análise deste assunto tão importante para o cotidiano de todos nós. É do papel que o Estado desempenha em nossas vidas que podemos passar a planejá-la de forma mais precisa e consentânea com a realidade, seja no aspecto da segurança jurídica, seja no que tange à previsibilidade da atuação planejada do Estado. Daí que empresas e indivíduos podem ter no Estado um agente confiável - ou não - em face do planejamento de suas ações dispendiosas, conforme previstas em seu orçamento”.

Fonte: <http://www.livrariart.com.br/produto/48647-orcamentos-publicos-e-direito-financeiro>

ZANIOLO, Pedro Augusto. *Crimes modernos: O impacto da tecnologia no direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. 608 p. ISBN 978-85-362-3532-5. Inclui Índice alfabético remissivo e Bibliografia.

“O presente estudo enfoca primordialmente o Direito Penal, examinando as mais diversas práticas de ilícitos, tendo o desenfreado desenvolvimento tecnológico como principal aliado. Aborda questões relativas à interpretação, fundadas na legislação vigente, na doutrina e na jurisprudência, alertando os operadores do Direito sobre prováveis riscos e possibilidades de incidência em erros, bem como da possibilidade de subsunção desses ‘crimes’ modernos aos tipos legais atualmente estabelecidos. Revela precauções que podem ser tomadas pela sociedade e pelo Estado, a fim de evitar condutas que cada vez mais se manifestam com veemência e se contrapõem às normas legais vigorantes no Brasil. Elenca ementas de diversos Tribunais de nosso País, refletindo o modo como a Justiça hodierna está orientada nessa marcha rumo à modernidade. Objetiva alicerçar e servir de ponto de partida a todos que desejam compreender melhor essas ilicitudes, buscando uma adequação à legislação vigente e provocando uma discussão acerca dos temas expostos, alguns ainda não totalmente consolidados”.

Fonte: http://books.google.com.br/books/about/Crimes_Modernos.html?id=nUTWF36AYu8C&redir_esc=y

