Revista do Ministério Público do Estado do Pará

V. 8 N. 8 2015

Belém

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

Anual
ISSN 1980-5535

1. Direito – Doutrina. 2. Entrevista.

CDD : 340.05

Revista do Ministério Público do Estado do Pará

V. 8 N. 8 2015

Belém

ISSN 1980-5535

R. Minist. Públ. Est. PA	Belém	n. 8	p. 1- 342	2015

Revista do Ministério Público do Estado do Pará

CONSELHO EDITORIAL

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

FICHA TÉCNICA

Diretor de Publicações do CEAF
José Edvaldo Pereira Sales
Secretaria
Ceyla Thaise Santos Brilhante
Normalização bibliográfica
Lucilene da Silva Amaral
Maria da Conceição Pina de Carvalho
Sizete Medeiros do Nascimento
Projeto de Capa e Separadores
Serviço de Artes Gráficas
Rute Campos
Editoração e Impressão:
GTR GRÁFICA E EDITORA LTDA

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

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

Ministério Público do Estado do Pará

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

GTR GRÁFICA E EDITORA LTDA.
Rua Ferreira Pena, 84
Umarizal – Belém-PA
CEP: 66050-140
(91) 3241-9774

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Marcos Antônio Ferreira das Neves

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Adélio Mendes dos Santos

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

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

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

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

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA JURÍDICO-INSTITUCIONAL
Jorge de Mendonça Rocha

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA.
Miguel Ribeiro Baía

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

DIRETORIA EXECUTIVA

Miguel Ribeiro Baía
Diretor-Geral

José Edvaldo Pereira Sales
Diretor de Publicações

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

Helio Rubens Pinho Pereira
Diretor de Cursos e Eventos

Sumaya Saad Morhy Pereira
Diretora de Pesquisas e Grupo de Estudo

Lúcia da Costa Florenzano
Diretora Administrativa

CENTROS DE APOIO OPERACIONAL

COORDENADORES

Mário Sampaio Netto Chermont
CAO Criminal

Nilton Gurjão das Chagas
CAO Constitucional

Sávio Rui Brabo de Araújo
CAO da Cidadania

Fabia de Melo-Fournier
CAO Cível

Mônica Rei Moreira Freire
CAO da Infância e Juventude

Nilton Gurjão das Chagas
CAO Meio Ambiente

Apresentação

É com imensa satisfação que apresento ao público o número 8, ano 8, da Revista do Ministério Público do Estado do Pará produzida com empenho pelo nosso Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), que tem recebido a nossa atenção não só quanto à publicação da revista, mas também com relação a cursos e eventos. Todos os membros, servidores e público em geral têm testemunhado os avanços nessas áreas, além da oportunidade de participar.

Por motivos alheios a nossa vontade, infelizmente, nos anos 2013 e 2014 não foi possível publicar a revista. Essa lacuna, contudo, é suprida agora com esta publicação rica em conteúdo e de excelente qualidade na sua apresentação formal. Os que estavam acostumados com as edições anteriores podem perceber claramente que temos agora uma reformulação da revista no intuito de apresentá-la com novas feições, realçando aspectos institucionais sem a perda de destaques regionais.

De antemão, agradeço penhoradamente aos que contribuíram com esta edição. Não só à Diretoria do CEAF, mas também aos servidores e aos senhores membros do conselho editorial da revista, que avaliam os textos levando em conta sérios aspectos científicos, e aos autores que contribuíram para esta edição, deixo aqui a todos os meus agradecimentos.

Vários temas são abordados, que vão desde o direito de família ao direito da criança e do adolescente; do direito urbanístico ao processo penal; de temas relacionados especificamente ao Ministério Público aos direitos humanos e fundamentais, dentre outros. Esta edição da revista traz os seguintes artigos e respectivos autores: Derrotabilidade das normas-regras (legal *defeseability*) no direito das famílias: alvitrando soluções para os *extreme cases* (casos extremos) (*Cristiano Chaves de Farias*), Mobilidade e acessibilidade: direitos que fundamentam a atuação do Ministério Público para garantir o direito à cidade (*Daniella Maria dos Santos Dias*), O moderno processo penal, suas três velocidades e seu método interpretativo (*Edilson Mougenot Bonfim*), Desdobramentos do princípio da proporcionalidade: o princípio da vedação da proteção deficiente e a reserva legal fixada pelo Código Florestal Brasileiro (*Elísio Augusto Velloso Bastos/Danielle Fonseca Silva*), A necessidade de implantação da metodologia *balanced scorecard* (BSC) em órgãos públicos. Um estudo sobre a implantação no Ministério Público do Estado do Pará (*Enne Caroline Cardoso Rodrigues*), Lineamentos sobre a nova dinâmica resolutiva do Ministério Público (*João Gaspar Rodrigues*), *Amicus curiae* e participação popular (*José Edvaldo Pereira Sales*), Direitos humanos e cidadania: estudo informativo para escolas e unidades de informação da cidade de Belém (*Maria da Conceição Pina de Carvalho*), Análise do modelo de execução penal vigente e sua urgente revisão indicada pela doutrina (*Marilze Ribeiro Bitar/ Alexandre Manuel Lopes Rodrigues*), Utilitarismo e tribunal do júri: (in)justiça penal da maioria (*Ney Tapajós Ferreira Franco*), Conselhos municipais de direitos da criança e do adolescente (*Patrícia de Fátima de Carvalho Araújo*), Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (*Paulo Mauricio Sales Cardoso*).

A entrevista não poderia ser mais oportuna: é sobre o novo Código de Processo Civil (CPC). O entrevistado é o professor doutor Henrique Mouta. É, como se diz, "ouro da casa", pois é paraense e um dos nomes de destaque no contexto nacional quando se fala em processo civil. Recentemente, juntamente com a também não menos destacada professora doutora Gisele Góes, ministrou curso no Ministério Público sobre o novo CPC. O entrevistador é o Promotor de Justiça Frederico Freire, lotado em Abaetetuba, que se dispôs a colaborar com esta edição. Os temas da entrevista são ricos e abordam questões como a intervenção do Ministério Público no processo civil, controvérsias do novo código como o julgamento de processos segundo a ordem cronológica, tutelas provisórias, sistema recursal, a exigência de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo na sentença ou acórdão, dentre outros.

Duas peças processuais são publicadas na seção de pareceres. Ambas foram enviadas pelos Promotores de Justiça signatários e selecionadas não só pela qualidade dos trabalhos, mas também pela relevância dos temas abordados. Um agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de tutela por ter o juízo a *quo* entendido que há necessidade de prévia consulta ao Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde (CIRADS) para que o Poder Judiciário possa apreciar a matéria. E uma ação civil pública que objetiva a garantia do direito fundamental à saúde da coletividade difusa que usa o balneário de Alter-do-Chão, no Município de Santarém, em virtude dos elevados índices, com resultados progressivos nos últimos anos, de contaminação da população local pelo vírus causador da Hepatite "A".

As sugestões de leitura, como de praxe, trazem importantes indicações bibliográficas do acervo existente em nossa Biblioteca. Merecem destaque as publicações de autores paraenses como os livros "Ética e direitos fundamentais" (José Maria Eiró Alves, coordenador), "Comentários à lei das eleições" (Leonardo de Noronha Tavares, José Edvaldo Pereira Sales e Juliana Rodrigues Freitas, coordenadores), "Manual de direito agrário constitucional" (Ibraim Rocha *et* al), "Sistema Interamericano de Direitos Humanos" (Cristina Figueiredo Terezo). O acervo está à disposição.

Tivemos, como se vê, a colaboração de autores renomados e também de membros do Ministério Público do Estado do Pará, de servidores e da academia (professores e alunos). Embora os textos não reflitam necessariamente o pensamento da Procuradoria-Geral do Ministério Público do Pará, tenho, principalmente agora na condição de Procurador-Geral de Justiça, defendido que precisamos produzir uma "doutrina ministerial", entendida como aquela que vá ao encontro dos anseios sociais, com supedâneo em nossa Constituição e nos princípios irradiados do Estado (Social e) Democrático de *Direito*. Essa produção deve ser levada não só à comunidade jurídica, mas também à sociedade em geral, através de textos, palestras, debates etc.
O Ministério Público, como instituição a quem incube constitucionalmente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, precisa investir na formação do pensamento jurídico do país, e não pode ficar a reboque de interesses escusos, que são inoculados sub-repticiamente com pretensas feições científicas. Não poucas vezes, integrantes do próprio *Parquet* trilham por essas vias, que deveriam ser evitadas em nome da missão constitucional que nos é outorgada.

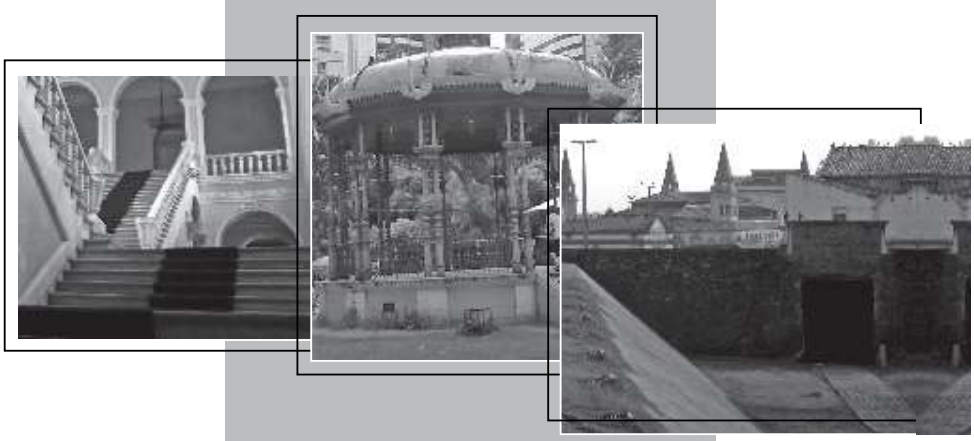
É isso que tenho procurado propiciar como programa de gestão. A Revista do Ministério Público do Estado do Pará é um veículo que deve ser utilizado para tal fim.

Reitero meus agradecimentos e faço aqui o convite à leitura!

Belém, 14 de dezembro de 2015.

Marcos Antônio Ferreira das Neves
Procurador-Geral de Justiça

Sumário



Sumário

ARTIGOS

DERROTABILIDADE DAS NORMAS-REGRAS (LEGAL DEFESEABILITY) NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: ALVITRANDO SOLUÇÕES PARA OS EXTREME CASES (CASOS EXTREMOS) 19

Cristiano Chaves de Farias

MOBILIDADE E ACESSIBILIDADE: DIREITOS QUE FUNDAMENTAM A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA GARANTIR O DIREITO À CIDADE 51

Daniella Maria dos Santos Dias

O MODERNO PROCESSO PENAL, SUAS TRÊS VELOCIDADES E SEU MÉTODO INTERPRETATIVO 65

Edilson Mougenot Bonfim

DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E A RESERVA LEGAL FIXADA PELO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO 77

Elísio Augusto Velloso Bastos

Danielle Fonseca Silva

A NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DA METODOLOGIA (BALANCED SCORECARD) EM ÓRGÃOS PÚBLICOS. UM ESTUDO SOBRE A IMPLANTAÇÃO NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ 99

Enne Caroline Cardoso Rodrigues

LINEAMENTOS SOBRE A NOVA DINÂMICA RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO 113

João Gaspar Rodrigues

AMICUS CURIAE E PARTICIPAÇÃO POPULAR 151
José Edvaldo Pereira Sales

DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA: ENFOQUE INFORMACIONAL DIRECIONADO ÀS ESCOLAS E UNIDADES DE INFORMAÇÃO 183
Maria da Conceição Pina de Carvalho

ANÁLISE DO MODELO DE EXECUÇÃO PENAL VIGENTE E SUA URGENTE REVISÃO INDICADA PELA DOUTRINA 207
Marilze Ribeiro Bitar
Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

UTILITARISMO E TRIBUNAL DO JÚRI: (IN) JUSTIÇA PENAL DA MAIORIA 229
Ney Tapajós Ferreira Franco

CONSELHOS MUNICIPAIS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DESAFIOS PARA CONCRETIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL NOS MUNICÍPIOS PARAENSES 241
Patrícia de Fátima de Carvalho Araújo

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS 261
Paulo Mauricio Sales Cardoso

PARECERES
AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE TUTELA POR TER O JUÍZO A QUO ENTENDIDO QUE HÁ NECESSIDADE DE PRÉVIA CONSULTA AO COMITÊ INTERINSTITUCIONAL DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE DEMANDAS DE SAÚDE (CIRADS) PARA QUE O PODER JUDICIÁRIO POSSA APRECIAR A MATÉRIA. 285
Paulo Ricardo de Souza Bezerra
2º PJ Titular de Marituba (Pará)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE OBJETIVA A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DA COLETIVIDADE DIFUSA QUE USA O BALNEÁRIO DE ALTER-DO-CHÃO EM VIRTUDE DOS ELEVADOS ÍNDICES, COM RESULTADOS PROGRESSIVOS NOS ÚLTIMOS ANOS, DE CONTAMINAÇÃO DA POPULAÇÃO LOCAL PELO VÍRUS CAUSADOR DA HEPATITE "A" 297

Tulio Chaves Novaes

8ª. Promotoria de Justiça Cível de Santarém (Pará)

Maria Raimunda da Silva Tavares

9ª. Promotoria de Justiça Cível de Santarém (Pará)

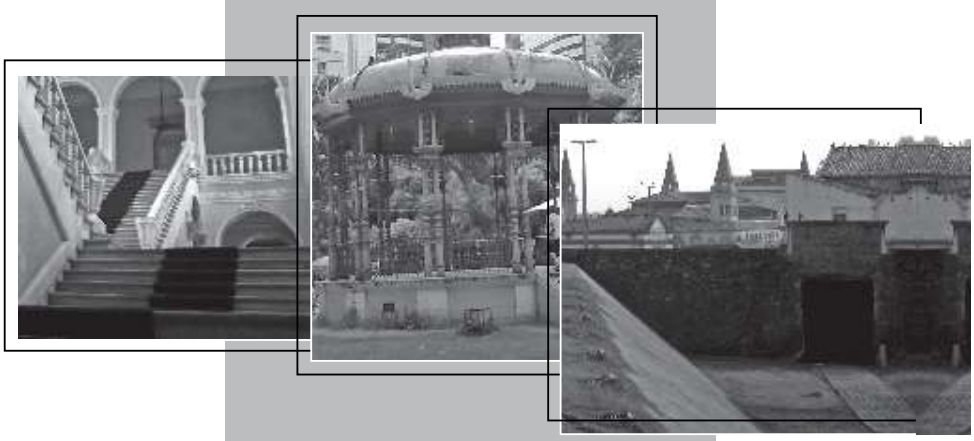
Luziana Barata Dantas

Coordenadora das Promotorias em Santarém (Pará)

ENTREVISTA
PROF. HENRIQUE MOUTA 319

SUGESTÕES DE LEITURA 327

Artigos



DERROTABILIDADE DAS NORMAS-REGRAS (LEGAL DEFESEABILITY) NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: ALVITRANDO SOLUÇÕES PARA OS EXTREME CASES (CASOS EXTREMOS)

Cristiano Chaves de Farias [1]

SUMÁRIO: 1 A PROPALADA BIPARTIÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS: AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS. 2 A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA NORMATIVA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS. 3 OS PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES (BALANCEAMENTO) APLICADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS. 4 A APLICAÇÃO DAS NORMAS-REGRAS E A EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE DE DERROTABILIDADE (SUPERABILIDADE OU DEFESEABILITY) NOS EXTREME CASES (CASOS EXTREMOS). 5 A DERROTABILIDADE DAS REGRAS (SUPERABILIDADE OU DEFESEABILITY) NOS EXTREME CASES CARACTERIZADOS NO ÂMBITO DAS FAMÍLIAS. **5.1 Derrotabilidade da regra que estabelece o impedimento matrimonial com base no incesto. 5.2 Derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente. 5.3 Derrotabilidade da regra que estabelece a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção.** 6 EPÍLOGO (À GUISA DE ADVERTÊNCIA). REFERÊNCIAS.

> *"Mire, veja: O mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam, verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso que me alegra montão." (GUIMARÃES ROSA, Grande Sertão: Veredas)*[2]

> *"Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo...*
> *Eu quero dizer agora o oposto do que eu disse antes*

[1] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito. Professor de Direito Civil do Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador – UCSal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

[2] Escrito em 1956, *Grande Sertão: Veredas*, do mineiro JOÃO GUIMARÃES ROSA, é um dos mais relevantes livros da literatura lusófona. A título de curiosidade, em maio de 2002, o Clube do *Livro da Noruega* elegeu os cem melhores livros de todos os tempos, com um corpo de jurados composto por cem escritores de cinquenta e quatro diferentes países. *Grande Sertão: Veredas* foi o único livro brasileiro a integrar a lista dos cem melhores de todos os tempos do Clube do Livro da Noruega.

Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante...
Eu vou desdizer aquilo tudo que eu lhe disse antes
Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo". (RAUL SEIXAS, Metamorfose ambulante)[3]

1 A PROPALADA BIPARTIÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS: AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS

Há um certo consenso doutrinário[4] (e, de certo modo, aceito também pela jurisprudência[5]), na contemporaneidade, de que as normas que compõem um ordenamento jurídico se bifurcam em normas-regras e normas-princípios, afastando a antiga visão de que os princípios teriam um papel meramente informativo (auxiliar ou aconselhativo).

De uma banda, os princípios[6] são proposições genéricas que informam uma ciência. Sua base valorativa. Na conhecida expressão de ROBERT ALEXY, princípios jurídicos são "mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não

---

[3] *Metamorfose ambulante* integrou o disco *Krig-há Bandolo!*, lançado em 1973. O sucesso estrondoso pode ser detectado pela inserção do aludido disco na Lista *dos Cem Maiores Discos da Música Brasileira*, promovida pela revista *Rolling Stones*, em 2007, alcançando a décima segunda colocação, demonstrando o vigor e atualidade musical do cantor e compositor. Com vasto conhecimento na área da Sociologia, Filosofia, Psicologia e História (o que se percebe, facilmente, de suas letras), o compositor soteropolitano expõe, em *Metamorfose ambulante*, os fatos sociais estudandos pelo francês fundador da Sociologia moderna, ÉMILE DURKEIM. Após chamar os fatos sociais cotidianos de *"aquela velha opinião formada sobre tudo"*, Raul Seixas exterioriza uma visão de mudança (metamorfose), para demonstrar a necessidade de *não seguir, cegamente, os acontecimentos impostos ao cidadão pela sociedade,* de maneira suave e implícita na vida cotidiana. Absolutamente pertinente ao tema, agora, em estudo.

[4] A respeito, pelo pioneirismo, faça-se alusão, dentre outros, às obras de CANOTILHO, J. J. Gomes, c*f. Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* cit., p.1.159; ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos Direitos Fundamentais,* cit., p.67-68; MIRANDA, Jorge, cf. *Manual de Direito Constitucional*, cit., p.224; CUNHA JÚNIOR, Dirley da, cf. *Curso de Direito Constitucional,* cit., p.155.

[5] No julgamento de interessante caso, a **2ª Turma do Supremo Tribunal Federal aludiu, expressamente, à** *força normativa dos princípios* (**notadamente dos princípios constitucionais**) **para reconhecer** "o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana" (STF, Ac.unân.2ª T., RE 477.554 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.8.11, DJe 26.8.11).

[6] Princípio deriva da linguagem geométrica, onde concerne às *"verdades primeiras"*, constituindo as premissas fundamentais de um sistema que se desenvolve *more geométrico*. Essa formulação é apresentada por PAULO BONAVIDES, que acrescenta, ainda, uma concepção de princípio oriunda da Corte Constitucional italiana, segundo a qual "se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico *aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas,* que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico", cf. *Curso de Direito Constitucional,* cit., p.255-257.

depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas[7]". Enfim, s*ão normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes.*

Em acréscimo, o constitucionalista alagoano THIAGO BOMFIM sublinha que "*os princípios que hoje povoam o imaginário do Direito representam, em verdade, valores supremos para a realização humana, com um fundamento ético*"[8].

Com um simbolismo quase idílico, MARCOS JORGE CATALAN propõe uma compreensão dos princípios a partir de uma analogia:

> Imagine-se na base da Cordilheira dos Andes, prestes a escalar o Monte Aconcágua, mais alto pico da América do Sul.[9] Superada a fase de preparação física, é essencial, para o sucesso do projeto, no mínimo, o material de alpinismo. Assim, principalmente nas escarpas e nas rotas negativas, a cada metro ou dois, será cravado na rocha um pino de sustentação, sem o qual a subida tornar-se-á deveras arriscada, pois, a qualquer momento, o alpinista pode desprender-se da rocha numa viagem fatal ao solo, empurrado pela força da gravidade. Princípios, assim, são fontes imediatas do direito na delicada operação de exegese do caso concreto que venha a ser submetido ao hermeneuta, que necessariamente deverá perpassar, em cada situação fática que se lhe apresente, por todo o sistema para que assim, por meio de uma análise axiológica sistemática, possa iniciar seu trabalho interpretativo com a certeza de atingir resultados seguros.[10]

São, portanto, as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico.

Em outras palavras: constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Daí a sua induvidosa importância no estudo das ciências jurídicas. Com isso, não se pode olvidar que os princípios são *enunciados com força normativa* e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.

Hodiernamente, aliás, o estudo da principiologia ganha uma relevância ainda maior em razão do Texto Constitucional, que estabelece os princípios gerais

---

[7] ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 86.

[8] BOMFIM, Thiago, cf. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial,* cit., p. 61.

[9] Por curiosidade, registre-se que o Monte Aconcágua (cuja tradução indica um sentido de *sentinela de pedra*), situado nas proximidades de Mendoza, na Argentina, Terra da uva malbec, com 6.960,8 metros de altitude, é, a um só tempo, o ponto mais alto das Américas, no hemisfério sul, e o mais alto fora da Ásia.

[10] CATALAN, Marcos Jorge, cf. *Descumprimento contratual,* cit., p. 37

interpretativos para todo o sistema, inclusive para as relações privadas (abrangidos, nessa toada, o contrato, a propriedade e a família)[11].

A outro giro, *as regras são relatos descritivos de condutas, com um conteúdo objetivo, certo e específico, a partir dos quais,* mediante uma atividade de verdadeira subsunção, haverá o enquadramento de um fato cotidiano à previsão abstrata na norma atingindo-se um objetivo (conclusão almejada pela regra).

De fato, distintamente dos princípios (que possuem uma textura aberta), as regras estabelecem soluções apriorísticas, a partir de uma textura fechada, prescrevendo um comando imperativo. Não há espaço, pois, para um balanceamento, tão somente para uma aferição da validade da regra em relação ao sistema jurídico como um todo.

Novamente com ALEXY, as regras "são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. *Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio".* [12]

São, portanto, *mandados de definição* – e não de *otimização*, qual os princípios.

Verticalizando, é de se notar que "*toda regra pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios".*[13] Por isso, a interpretação e aplicação de uma regra está sempre balizada pelos fundamentos dos princípios que inspiraram a edição dessa regra. Trata-se, notadamente, de um resultado determinado almejado pela regra, a partir da compreensão dos caminhos abertos pelos princípios.

E, talvez, por conta dessa determinabilidade *prima facie* das regras, tenha se pretendido submeter as regras a uma clássica assertiva, lacônica e objetiva: *an all or nothing*[14]*,* isto é, na aplicação das regras valeria a máxima do *tudo ou nada*, significando que se a regra é válida (= compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios norteadores daquela matéria), tem de ser aplicada efetivamente, mesmo que o resultado não seja razoável e socialmente adequado. Afinal de contas, uma norma-regra (com solução previamente definida) somente deixaria de ter aplicação concreta quando se

[11] Sobre os princípios constitucionais e sua importância, inclusive para o Direito Civil, consulte-se RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, *Conceito de princípios constitucionais,* São Paulo: RT, 1999, e MANOEL MESSIAS PEIXINHO, ISABELLA FRANCO GUERRA e FIRLY NASCIMENTO FILHO, *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

[12] ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos direitos fundamentais,* cit., p.90-91.

[13] BUSTAMANTE, Thomas, cf. "Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem",* cit., p.167.

[14] A expressão foi originariamente cunhada por RONALD DWORKIN, em famoso ensaio datado de 1967 (*Is law a system of rules?*. In SUMMERS, Roberto – org. *Essays in legal philosophy.* Berkeley: University of California Press, 1968, p. 38-65), sugerindo que as regras sejam normas que precisam ser cumpridas no modo "tudo ou nada". Isto é, as "regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto de delimitado de situações. *Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão",* BARROSO, Luís Roberto, *cf. Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.351.

mostrasse inválida – quando estivesse em rota de colisão com o sistema jurídico, aqui inseridos os princípios que lhe servem de norte para a edição e a aplicação.

Ilustrando o caminho até aqui pavimentado, pode-se exemplificar, no campo das relações familiares, com situações de fácil apreensão: ao estabelecer que "*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*", o comando do art. 226 da Constituição da República consagra uma *norma-princípio* (notadamente o princípio da *pluralidade das entidades familiares*), uma vez que há uma indeterminabilidade em seu conteúdo, cujo preenchimento será *casuístico*; distintamente, ao estabelecer as proibições de casamento (impedimentos matrimoniais), o art. 1.521 do Código Civil[15] estampa uma *norma-regra*, pois o seu conteúdo é *apriorístico*, já sendo possível antever o resultado a ser alcançado pela norma.

2 A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA NORMATIVA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Talvez por conta da dimensão axiológica, da abertura, da abstração e da indeterminabilidade dos princípios, vem se percebendo uma tentativa de diminuição da importância das regras para o sistema jurídico.

Já se chegou a afirmar, até mesmo, que "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. *A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos*. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra", consoante a lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. [16]

O reconhecimento da força normativa dos princípios, no entanto, não pode servir para amesquinhar as regras, colocando-as em plano de inferioridade ou relegando-as ao desprezo.

A indagação exsurge naturalmente, em meio à festejada supervalorização dos princípios: haveria uma preferência normativa por um determinado tipo de norma (no caso, os princípios), decorrendo um tipo prevalecente de aplicação da norma (a ponderação de interesses)?

A resposta há de ser negativa.

Malgrado a indiscutível relevância e força normativa dos princípios, não se pode sugerir que o sistema jurídico é, preferencialmente, principiológico, e, tampouco, que é

[15] Art. 1.521, Código Civil: "não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte."

[16] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, cf. *Elementos de Direito Administrativo*, cit., p. 230.

um modelo regulatório prevalecente. Efetivamente, o ordenamento brasileiro, partindo da *Lex Fundamentallis*, adotou um modelo normativo dicotômico, lastreado em princípios e regras, cada uma cumprindo função própria e vocacionada para um determinado objetivo.

Aliás, registre-se que, sob o ponto de vista quantitativo (e, por evidente, não qualitativo), o sistema brasileiro é mais *regulatório* do que principiológico. Bastaria verificar as normas contidas na Constituição da República para se concluir, com segurança e convicção, que há um volume muito maior de regras do que de princípios[17].

Essa opção sistêmica por um maior volume de regras é consentânea com um ordenamento que trilha as pegadas do *civil law* (direito codificado), eliminando – ou, pelo menos, diminuindo – os problemas com a aplicação da norma, diminuindo um despotismo judicial e uma incerteza normativa.

As normas-princípios possuem um conteúdo aberto que cumprem a relevante função de oxigenar o sistema, a partir de um grau de abstração e indeterminabilidade. A outro giro, as normas-princípios estabelecem soluções prontas e acabadas, precisas para a vida em sociedade. *Inexiste, pois, dentro de um mesmo plano hierárquico, prevalência entre os princípios e as regras*, cumprindo, cada uma delas, um papel específico e altamente relevante.

Com a inexcedível lição de HUMBERTO ÁVILA: "as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, da primazia de uma norma sobre a outra".[18]

Nessa linha de intelecção, a outra conclusão não se pode chegar: a norma-regra não é afastada, sumariamente, pela norma-princípio. "Os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm uma função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável..., funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos"[19].

---

[17] "Embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras: o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), o Título III (Organização do Estado), o Título IV (Organização dos Poderes), o Título V (Defesa do Estado e das Instituição Democráticas), o Título VI (Tributação e Orçamento), o Título VII (Ordem Econômica), o Título VIII (Ordem Social), o Título IX (Disposições constitucionais gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são compostos, basicamente, *de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios*", como vem advertindo a nossa melhor doutrina, ÁVILA, Humberto, cf. "Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do Direito' e o 'Direito da ciência', cit., p.4.

[18] ÁVILA, Humberto, cf. "Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do Direito' e o 'Direito da ciência', cit., p.5.

[19] Idem, ibidem.

Com efeito, uma regra, estabelecendo uma solução específica e concreta para um caso específico e concreto, somente não será aplicada se estiver em rota frontal de colisão com o Texto Constitucional (controle de constitucionalidade) ou se o seu conteúdo discrepa dos princípios norteadores do sistema. Ou seja, somente não se aplica a regra quando se mostrar *inválida*. Em se tratando de uma regra válida – e, por conseguinte, compatível com a Constituição e com os princípios inspiradores do próprio sistema – não se mostra técnico ou razoável negar-lhe aplicação para promover a interpretação casuística de princípios em um caso específico já previamente valorado pelo legislador.

Volvendo a visão para o Direito das Famílias, pode-se antever a impossibilidade de afastar a incidência da regra que proíbe a bigamia (CC, art. 1.521)[20], com o fito de, pretensamente, aplicar o princípio da multiplicidade das entidades familiares (CF, art. 226, *caput*)[21]. No ponto, havendo uma específica regra no sistema jurídico (compatível com a Carta Constitucional e harmônica com os princípios norteadores da proteção familiar), não se pode invocar um princípio para negar a opção legislativa[22].

E, em arremate, urge uma advertência: não se imagine com a leitura dessas linhas uma tentativa de desestímulo ou refreamento da força normativa dos princípios. Ao revés, pretende-se a valorização dos princípios como normas abertas, de solução casuística e com relevante função no sistema. Tão somente não se pode ignorar que as regras se inclinam, em meio a uma sociedade aberta, plural e multifacetada, a desempenhar a função de estabilizar conflitos e reduzir incertezas e arbitrariedades.

3 OS PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES (BALANCEAMENTO) APLICADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A natural abertura e plasticidade das normas-princípios trazem consigo, como consectário lógico, a possibilidade do estabelecimento de conflitos entre diferentes princípios[23], quando de sua aplicação aos casos concretos.

Seguramente, os clássicos métodos hermenêuticos (critério da especialidade, da anterioridade e da hierarquia) se mostram insuficientes e pouco eficientes para dirimir

[20] Art. 1.521, Código Civil: "não podem casar: (...) VI – as pessoas casadas".

[21] Art. 226, Constituição Federal: "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

[22] Calha à perfeição as lúcidas palavras de Humberto Ávila: "os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, *quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada*. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional ou *quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário*", ÁVILA, Humberto, cf. "Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do Direito' e o 'Direito da ciência'", cit., p.6.

[23] Explica DANIEL SARMENTO que "longe de se limitar à normatização esquemática das relações entre cidadão e Estado, a Constituição de 1988 espraiou-se por uma miríade de assuntos, que vão da família à energia nuclear. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional. A ponderação de interesses assume, neste contexto, relevo fundamental, não apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, como também em todas as demais disciplinas jurídicas", SARMENTO, Daniel, cf. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p.23.

tais colisões principiológicas, em razão do elevado grau de abstração, generalidade e indeterminação de cada um dos princípios em conflito[24]. E nessa ambiência surge, então, a técnica de ponderação de interesses para solucionar o entrechoque de diferentes normas-princípio, a partir de uma nova formulação.

Nessa arquitetura, a *técnica de ponderação de interesses* é uma verdadeira *técnica de decisão*, utilizada quando há colisão de princípios, importando, em nível prático, na superação à tradicional técnica de subsunção. Nesse ponto, bem explica MANOEL JORGE E SILVA NETTO, partindo da premissa de que os valores impressos em um sistema são heterodoxos e muitas vezes conflitantes, que "a clássica operação de subsunção (premissa maior = enunciado normativo; premissa menor = fatos; consequência = aplicação da norma ao caso concreto) não é satisfatória para desvendar a solução mais adequada para a hipótese, simplesmente porque o sistema constitucional torna possível a escolha por duas ou mais normas que são conflitantes entre si"[25].

Entenda-se: a ponderação dos interesses é uma técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana. Em linguagem simbólica, devem ser justapostas em uma balança imaginária as normas em conflito para que o princípio da dignidade da pessoa humana (espécie de "fiel da balança") indique qual delas deve, em concreto, preponderar[26]. Daí se inferir que a ponderação de interesses é uma verdadeira *técnica de balanceamento.*

Encarnado em didático espírito, LUÍS ROBERTO BARROSO descreve a utilização da técnica de ponderação de interesses em três etapas distintas:

> Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas... A existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho

[24] Destarte, a ponderação é uma técnica de decisão que se presta, portanto, para solucionar conflitos estabelecidos no caso concreto "que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático ou teleológico) nem pela moderna hermenêutica constitucional", nas palavras certeiras de ANA PAULA DE BARCELLOS, BARCELLOS, Ana Paula, cf. "Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional", cit., p. 117.

[25] SILVA NETTO, Manoel Jorge e, cf. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 97-98.

[26] Para DANIEL SARMENTO o método de ponderação de interesses explicita preocupação com o caso concreto em que eclode o conflito, "pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do 'peso' específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação", SARMENTO, Daniel, cf. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, cit., p. 97. Disso não discrepa FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO: "a 'lei da ponderação' contém o seguinte enunciado: 'o cumprimento de um princípio depende da importância do outro; o peso de um princípio não pode ser determinado de modo absoluto, pois o discurso apenas pode versar sobre os pesos relativos", MIRANDA NETTO, Fernando Gama de, cf. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, cit., p.113.

> para a ponderação.... Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos... Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação de normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam casos fáceis, sejam difíceis. É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção... Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso... Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade.[27]

Vale projetar a compreensão efetiva da técnica de ponderação de interesses a partir de um exemplo prático no campo familiarista.

Nas ações de investigação de paternidade, a formação da coisa julgada impediria a propositura de uma nova ação, após ter sido julgada improcedente a primeira demanda investigatória ajuizada, quando são descobertas novas provas? Trata-se de típico exemplo de colisão de princípios constitucionais. De uma banda, a coisa julgada e, lado outro, o direito à perfilhação. A partir da ponderação de interesses impõe-se colocar os princípios conflitantes em uma balança imaginária e buscar a solução que respeite, com mais vigor, a dignidade humana. Pois bem, dirimindo a questão, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que, ponderando os interesses, há de se permitir novas proposituras de ações perfilhatórias, com base em novas provas:

> [...] 2. *Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo*. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

[27] BARROSO, Luís Roberto, cf. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, cit., p. 334-335.

(STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 363.889/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 2.6.11, DJe 16.12.11)[28]

Não se imagine, entrementes, que a coisa julgada estaria amesquinhada ou reduzida em sua dimensão. Com a técnica de ponderação, um dos princípios colidentes terá a sua aplicação episódica e casuisticamente afastada, sem sofrer redução de relevância.

Outro exemplo de ponderação de interesses diz respeito à admissibilidade da prova ilícita, cuja utilização, no processo, está vedada por força do inciso LVI do art. 5º do Texto Constitucional, segundo o qual s*ão inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.* A aplicação da técnica do balanceamento conduz, por mãos seguras, à admissibilidade excepcional da prova ilícita, sempre que o bem jurídico prestigiado sobrepujar o bem sacrificado, no caso, a privacidade. Dessa maneira, ilustrativamente, seria admissível a prova ilícita em uma ação de suspensão ou de destituição do poder familiar, protegendo integralmente a criança ou o adolescente (CF, art. 227).

Os princípios do Direito das Famílias, portanto, conquanto tragam consigo uma induvidosa *força normativa*, podem exigir uma ponderação (balanceamento) para a sua aplicação, em face de uma colisão estabelecida com outros princípios de idêntica altitude normativa. A técnica da ponderação de interesses exsurge, nesse cenário, como o mecanismo para concretizar uma efetiva solução para o caso.

4 A APLICAÇÃO DAS NORMAS-REGRAS E A EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE DE DERROTABILIDADE (SUPERABILIDADE OU DEFESEABILITY) NOS EXTREME CASES (CASOS EXTREMOS)

Ao lado da indiscutível relevância dos princípios para o sistema jurídico, impõe-se registrar a importância das *normas-regras.*

[28] Outra não é a orientação que emana do Superior Tribunal de Justiça: "Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação, doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível, nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. (...) A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus.* Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 4.2.02, in RSTJ 154:403).

Partindo da premissa de que *normas-princípios* e *normas-regras* são espécies do gênero *normas jurídicas*, é fácil perceber que o Direito Civil (e, via de consequência, o Direito das Famílias) está plasmado de ambas, com relevância induvidosa para a solução dos conflitos privados estabelecidos.

Reiterando-se, à exaustão, a inexistência de hierarquia entre os princípios e as regras, especialmente em face da ideia de *unidade da Constituição e das normas infraconstitucionais*, vale lembrar que o campo de atuação de cada uma é distinto: os princípios possuem um grau de abstração elevado, diferentemente das regras, que trazem soluções apriorísticas, previamente concebidas; os princípios, por serem abertos, reclamam atuação interpretativa do juiz, enquanto as regras são aplicáveis diretamente; e, finalmente, os princípios exigem ponderação (balanceamento) para o caso de colisão, quando há um eventual entrechoque de princípios de mesma hierarquia, ao passo em que as regras são aplicáveis pelo sistema do "tudo ou nada" (*an all or nothing*), preconizado, de há muito, por RONALD DWORKIN.[29]

Pois bem, no campo das relações privadas, por evidente, as *normas-princípios* e as *normas-regras* são aplicáveis com idêntica relevância prática e teórica, como sói ocorrer em qualquer outra seara da ciência jurídica. Se uma convenção de condomínio estabelece que os condôminos devem ser tratados com urbanidade e respeito, há o estabelecimento de um princípio. Por outro turno, se uma outra cláusula da convenção dispõe que a piscina somente pode ser utilizada até um determinado horário, indiscutivelmente, trata-se de norma-regra. E, como se pode notar, ambas com a mesma importância para aquela relação privada.

Vê-se, pois, que as regras possuem um *conteúdo simples, almejando um resultado determinado e um caráter de definitividade*. Mas, não se olvide que a regra não perde o contato com os princípios que serviram para fundamentá-la quando de sua edição: "toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador"[30]. A norma-regra, portanto, deriva das opções ideológicas apresentadas pelos princípios, guardando compatibilidade.

Contudo, a especificação e a *determinabilidade* da norma-regra podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Isso porque trazendo consigo *soluções apriorísticas, as regras* (válidas e compatíveis com o sistema jurídico) *podem, eventual e episodicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais almejados pelo sistema jurídico como um todo.*

Isso porque, conforme a elegante percepção de THOMAS BUSTAMANTE, "por mais que as regras estejam caracterizadas pela presença de um componente descritivo que permite a dedução (após sua interpretação) de um comportamento

[29] Para maior aprofundamento, veja-se ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p.90-91.

[30] PECZENIK, Aleksander, *apud* BUSTAMANTE, Thomas, cf. "Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*", cit., p.157.

devido, elas *somente estão baseadas em um montante finito de informações e, apesar de isso não acontecer frequentemente, é sempre possível, pelo menos em tese, que informações adicionais tornem não-dedutíveis conclusões que o seriam na ausência dessas novas informações'*[31].

Aqui, visualiza-se o que denominarei *extreme cases* (casos extremos)[32].

São casos raros, de pouco ocorrência prática e de difícil solução jurídica e social. Não se confundem com os *hard cases* (casos difíceis), aludidos pela doutrina, mostrando-se ainda mais complexos estruturalmente e ainda mais escassos[33].

É o que MANUEL ATIENZA, jusfilósofo da Universidade de Alicante, na Espanha, preferiu chamar de casos trágicos, uma vez que somente podem ser solucionados se for excepcionado o ordenamento jurídico como um todo. Para estes casos, "*não existe uma resposta correta*", e eles "*não podem ser decididos senão ferindo o ordenamento jurídico*" [34].

Para estes casos extremados é preciso delinear uma base de compreensão: não se trata de uma regra inválida (inconstitucional) ou incompatível com o sistema; ao revés, ela é válida e, *in these*, aplicável ao caso. Contudo, o seu comando normativo é incompatível com os contornos concretos do caso – que transcenderam e transpassaram o resultado almejado pela regra quando de sua elaboração pelo legislador. Enfim, a rara ocorrência da situação concreta faz com que a regra se mostre incompatível para incidir na hipótese.

A explicação de LUÍS ROBERTO BARROSO é clarividente: "há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar" [35].

E a técnica da ponderação de interesses, minudentemente vista alhures, não serve para a solução do problema. Aqui, não se trata de balanceamento de princípios, em face da existência de uma regra clara.

Surge, então, nessa arquitetura, com o intuito de emprestar efetiva solução para os extreme cases, a possibilidade de *derrotabilidade* das regras, também chamada de *superabilidade* ou *defeasibility*.

---

[31] BUSTAMANTE, Thomas, cf. "Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*", cit., p.162.

[32] Registro o imperativo agradecimento ao Professor Renato Salles, de Salvador(BA), que terminou inspirando o uso dessa nomenclatura.

[33] A expressão hard cases foi utilizada por RONALD DWORKIN para designar os casos não cobertos por uma regra clara e específica, a determinar a sua solução (como devem ser decididos), DWORKIN, Ronald, cf. *Levando os direitos a sério*, cit., p.127. Entre nós, vem se emprestando a denominação para definir as situações para as quais "a dogmática não oferece solução unívoca imediata, dependendo de uma construção posterior, alicerçada em proposições que sejam juridicamente adequadas e admissíveis", TAVARES, André Ramos, cf. *Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*, cit.., p.51.

[34] ATIENZA, Manuel, apud BUSTAMANTE, Thomas, cf. "Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*", cit., p.163.

[35] BARROSO, Luís Roberto, cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.356.

Com a *derrotabilidade* da norma-regra é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto.

Explica HUMBERTO ÁVILA, com precisão cirúrgica:

> Há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção *da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente da situação similar, por dificuldade de ocorrência ou comprovação.*[36]

Também com clareza solar, a cátedra pioneira de THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE:

> Pode haver razões para que se deixe de aplicá-las (as regras jurídicas) em certas situações especiais, o que permite sustentar que a incidência de uma norma sobre um caso concreto não garante sua aplicação (pois ela pode vir a ser excepcionada)... Muitas das condições para a *aplicação do Direito (background conditions)* permanecem implícitas *(unstated)*, especialmente nos casos excepcionais onde a hipótese de incidência da norma é muito aberta em relação ao caso. Todo condicional jurídico está sujeito a exceções que surgem diante de um caso particular.[37]

Suplanta-se, assim, o "modelo 'tudo ou nada'" (*an all or nothing*) de aplicação das normas-regras.[38]

Equivale a dizer: é possível uma decisão judicial individualizada e específica, superando a *norma regulatória*, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico (e que, em última análise, são perseguidos, com toda convicção, pelas próprias normas-regras aludidas). É como se a norma-regra contivesse uma cláusula implícita em seu âmago, estabelecendo a sua obrigatória aplicação, *"a menos que"* uma situação extraordinária se concretizasse.[39]

Com isso, será possível fazer justiça no caso concreto, através do levantamento episódico e concreto da regulamentação decorrente de uma norma-regra (afastamento

---

[36] ÁVILA, Humberto, cf. *Teoria dos princípios*, cit., p.117.

[37] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, cit., p.476.

[38] Sobre o assunto, inclusive com estas referências, veja-se a feliz síntese de LENZA, Pedro, cf. *Direito Constitucional Esquematizado*, cit., p. 150.

[39] HART, Herbert. *O conceito de Direito.* Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

pontual da norma de regência), buscando uma fundamentação condizente com um ideal de *justiça social* (CF, art. 3º).

Até mesmo porque, cuidadosamente analisando, excepcionar a aplicação da norma-regra em um determinado caso *sub examine* pode se justificar em nome dos próprios valores perseguidos pelas regras – que serão episodicamente superadas, permitindo uma decisão paradigmática e referencial para os casos símiles.

Sublinhe-se, por oportuno, que a *derrotabilidade* é da *norma-regra* e não do *texto normativo*. Até mesmo porque não se pode confundir o texto normativo com a norma estabelecida: um único texto pode conter diferentes normas e as normas, por seu turno, podem emanar de diferentes textos.

No direito inglês já se encontram precedentes judiciais, admitindo, expressamente, a tese da superabilidade.[40]

Entre nós, em nível de precedente vertical, nota-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora sem utilizar a expressão *derrotabilidade*, já teve ensejo de admitir a superação episódica de uma norma regulatória, apresentando solução casuística específica, determinando o trancamento de uma ação penal.[41] Noutro *extreme case*, o Pretório Excelso deliberou com clareza meridiana, permitindo o sequestro de verbas de um estado da Federação, sem preterição de preferência, em um caso anômalo. A fundamentação do *decisum* merece atenção:

> Reclamação: sequestro de valores do Estado da Paraíba: alegação de desrespeito do julgado do Supremo Tribunal na ADIn 1.662 (Pleno, Maurício Corrêa, DJ 19.9.03): improcedência. Os

[40] No caso "R. vs National Insurance Commissioner ex p. O'Connor" (1981 All E.R., 770), uma viúva que foi condenada por homicídio culposo do marido, não fez jus aos benefícios previdenciários deixados por ele, embora inexistisse na legislação de regência uma previsão expressa para a exclusão do benefício. No caso, criou-se uma solução para reconhecer que, embora a legislação aludisse, tão só, ao crime doloso, não se poderia "dar sustentação a direitos originados de ilícitos criminais praticados por seu titular (sem distinguir crimes dolosos ou culposos), BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, cit., p.478.

[41] "O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 7.703/PE (DJU 11.9.98, rel. Min. Marco Aurélio), considerou ser essa a hipótese e afastou, no caso concreto, a aplicação do art. 1º do DL 200/67 para conceder a ordem e trancar uma ação penal proposta contra ex-Prefeita. A questão era a seguinte. Determinado município contratou, sem concurso público, um gari por cerca de nove meses; posteriormente, o gari ingressou na justiça trabalhista exigindo um conjunto de direitos. A reclamação foi julgada improcedente pelo Juízo Trabalhista, que acolheu a alegação do Município de nulidade da relação por falta de concurso público e determinou a remessa de peças ao Ministério Público para responsabilização da autoridade que dera causa ao descumprimento da regra constitucional. Com fundamento nesses fatos, o Ministério Público propôs a ação penal em face da ex-Prefeita Municipal. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, considerou que o evento era insignificante, que a Municipalidade não teria sofrido prejuízo e que o fim da norma prevista no art. 1º do DL 200/67 não fora afetado e, por essas razões, determinou o trancamento da ação penal", BARROSO, Luís Roberto, cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.356.

> fundamentos do ato reclamado, que determinou o sequestro de valores para pagamento de precatório oriundo de ação de cobrança ajuizada perante a Justiça comum estadual, não guardam identidade com o ato normativo invalidado pelo acórdão da ADIn 1662 (Instrução Normativa 11/97, aprovada pela Resolução 67/97, do Tribunal Superior do Trabalho), o que inviabiliza o exame da matéria na via estreita da reclamação.
> [...] O Supremo entende, de modo uniforme, que cabe o sequestro unicamente se houver preterição ao direito de preferência, o que não se verificou no caso destes autos. (...) Daí porque, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haverei de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais.
> [...] De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção, desaplicando-a, isto é, retirando da exceção. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso, o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento. (STF, Ac. unân. Tribunal Pleno, AgRegRecl. 3034/PB, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.9.06, DJU 27.10.06, p.31)

Ainda tratando dos precedentes verticais, por igual, o Superior Tribunal de Justiça já se utilizou, a toda evidência, da técnica da *derrotabilidade* das regras, sem, contudo, fazer uso da terminologia. Na espécie, a Corte afastou a exoneração de um servidor público que foi reprovado em estágio probatório por não ter alcançado a nota mínima na avaliação por uma (insignificante) diferença de, tão somente, 0,44177%. Superando a regra do edital do concurso, o Tribunal Superior afastou a exoneração, malgrado reconheça a razoabilidade do critério utilizado. Confira-se:

> [...] 3. Esta Corte Superior de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, têm admitido a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar, excepcionalmente, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato praticado pela Administração.
> 4. A exoneração está calcada na reprovação no estágio probatório, porquanto não alcançado percentual mínimo de 80% (oitenta por cento), sendo o resultado efetivamente obtido de 79,55823%. *A diferença é de apenas 0,44177%, deveras ínfima e, portanto, incapaz de justificar a exoneração de cargo público, o que justifica o arredondamento.* (STJ, Ac.unân. 5ª T., REsp 799.431/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.4.09, DJe 5.4.10)

Já no âmbito dos precedentes horizontais, há um interessante julgado, abraçando, expressamente, a teoria da *derrotabilidade* da regra jurídica, em matéria previdenciária. Veja-se:

> Benefício de prestação continuada. LOAS. Renda per capita. Necessidade de se contrapor a regra legal em face de todas as circunstâncias do caso. Antinomia em abstrato vs. Antinomia em concreto. '*Derrotabilidade*' do §3º do art. 20 da Lei 8.724/93.
> 1. Embora o STF já tenha reconhecido a constitucionalidade em tese do §3º do art. 20 da Lei 8.724/93, o requisito da renda mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo, consideradas todas as circunstâncias do caso, pode *apresentar antinomia concreta em face de algum princípio constitucional ou regra implícita deste decorrente.*
> 2. *O reconhecimento dessa antinomia concreta gera a 'derrotabilidade' (defeasibility) da regra legal, mas não viola a autoridade da decisão do STF proferida na ADI 1.232/DF.*
> 3. Quando se resolve uma antinomia em abstrato, considera-se a norma desprezada para todas as demais hipóteses em que a norma se aplicaria... (TRF-1ª Região, Recurso JEF 2005.35007164388 – Goiânia, rel. Juiz Juliano Taveira Bernardes, www.go.trf1.gov.br/institucional/turma_recursal/acordaos/2005)

Por evidente, a superabilidade das regras válidas diz respeito, basicamente, às situações imprevistas ou imprevisíveis quando da edição do enunciado normativo do seu texto. Ou seja, diante de um *extreme case.*

Efetivamente, não é possível imaginar a superabilidade em casos consolidados quantitativamente no cotidiano forense. Para casos corriqueiros (em que a regra se mostre inadequada por atingir os princípios) impõe-se utilizar outras técnicas de interpretação e de aplicação das normas. Um bom exemplo, inclusive, com aplicação no

campo familiarista é a técnica de *redução de significado* das regras (*reduction*)[42,43]. Manejando essa técnica, permite-se estreitar a efetiva compreensão do *mandado de definição* pretendido pela conteúdo da norma-regra, diminuindo o seu campo de abrangência. Aqui não se trata de derrotar a regra, mas de interpretá-la.

Reitere-se à saciedade que a aplicação da tese da *derrotabilidade das normas-regras* somente se justifica em hipóteses nas quais a sua incidência nua e crua ao caso concreto venha a afrontar, a mais não poder, os princípios ou valores existenciais proclamados pelo próprio sistema (valores juridicamente consolidados). São os *extreme cases* (casos extremados) que, a toda evidência, se mostram de rara ocorrência concreta[44]. É dizer: nessas hipóteses, a excepcionalidade da situação ativa um fator de fundo (*background factor*) que impede a decorrência natural, que seria a previsão contida na regra.

Em casos tais, supera-se, em concreto apenas, a norma regulatória, afastando-a episodicamente, permitindo uma decisão judicial baseada na coerência, homenageando os valores humanistas da Constituição da República.

5 A DERROTABILIDADE DAS REGRAS (SUPERABILIDADE OU DEFESEABILITY) NOS EXTREME CASES CARACTERIZADOS NO ÂMBITO DAS FAMÍLIAS

Como não poderia ser diferente, o Direito das Famílias está plasmado por princípios e regras, cumprindo os seus papéis na avançada proteção da pessoa humana.

A norma *regulatória* familiarista quando válida é, presumivelmente, compatível com o Texto Constitucional e com o sistema jurídico, como um todo. Por conseguinte, deve ser aplicada aos casos concretos, subsumindo-se aos fatos por ela antevistos.

---

[42] "Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela com o emprego da técnica de *redução de significado* (*reduction)* de regras jurídicas válidas, por meio da qual se limita o raio de incidência de uma norma jurídica cujo significado literal é considerado muito amplo. Através da redução o tribunal reconhece uma exceção não-escrita à incidência da norma, ou seja, r*ealiza uma modificação na regra jurídica*", BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, cit., p.478

[43] No Direito das Famílias, já se nota um interessante caso de redução de significado (*reduction*) operado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se da interpretação redutiva do art. 1.707 do Código Civil que estabelece a irrenunciabilidade dos alimentos, genericamente: "pode o credor não exercer, porém *lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo* o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora". Apesar da redação generalista da regra codificada, a jurisprudência superior fixou o entendimento de que a renúncia aos alimentos entre cônjuges e companheiros é válida e eficaz, restringindo a irrenunciabilidade aos alimentos devidos aos incapazes. Note-se ilustrativamente: "(...) A renúncia aos alimentos decorrentes do matrimônio é válida e eficaz, não sendo permitido que o ex-cônjuge volte a pleitear o encargo, uma vez que a prestação alimentícia assenta-se na obrigação de mútua assistência, encerrada com a separação ou o divórcio." (STJ, Ac.unân. 4ª T., EDcl no REsp 832.902/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 6.10.09, DJe 19.10.09).

[44] Até porque se não fossem de caráter excepcional, já não mais justificariam a superabilidade episódica da norma-regra.

Todavia, não se pode ignorar a relevante possibilidade de utilização da teoria da *derrotabilidade* (*defeseability*) das regras nesse peculiar campo da ciência jurídica. Mesmo porque, nessa seara, a *derrotabilidade* pode se prestar a garantir o império da proteção da dignidade humana – valor máximo almejado pelo sistema constitucional – em casos específicos, de rara ocorrência e cuja solução concreta não será alcançada pelo uso das normas jurídicas do sistema (regras e princípios).

Aliás, como afirmado alhures, a rara ocorrência faz com que se tornem mais específicos do que os *hard cases*, se tornando verdadeiros *extreme cases*. Casos extremados pela improbabilidade de sua ocorrência, pela especificidade de seu conteúdo e pela dificuldade de solução.

Algumas hipóteses comprovam o raciocínio.

5.1 Derrotabilidade da regra que estabelece o impedimento matrimonial com base no incesto

Os impedimentos matrimoniais são proibições decorrentes da norma-regra de que determinadas pessoas possam contrair casamento. Enfim, é a "proibição de casar dirigida a uma pessoa em relação a outra predeterminada", consoante a lição de ORLANDO GOMES.[45] São, portanto, entraves, obstáculos, impostos pela legislação, com o fito de limitar a natural faculdade de casar que é reconhecida às pessoas.

A propósito do caráter proibitivo dos impedimentos casamentários, vale observar a redação da regra contida no art. 1.521 do Código Civil, vazada em termos absolutos, ao afirmar *"não podem casar"*. E os incisos I a V do art. 1.521 estabelecem impedimentos matrimoniais decorrentes de relações parentais de consanguinidade (incisos I e IV). Assim, não podem casar: *"I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante"*.

Nos aludidos casos, estão presentes razões de natureza sanitária (saúde pública) e moral, obstando-se o casamento entre parentes em linha reta, ascendente ou descendente (esta relação é chamada, comumente, de *incesto*).[46]

A proibição ao incesto é justificável normativamente. *Trata-se, pois, de uma norma-regra compatível com os valores constitucionais e com as diretrizes gerais do sistema de proteção do Direito das Famílias.* Em primeiro lugar, porque os estudos biológicos indicam uma alta probabilidade de malformações físicas e psíquicas das pessoas oriundas de

[45] GOMES, Orlando, cf. *Direito de Família*, cit., p. 91. Disso não se afasta a doutrina argentina. Com o mesmo sentido, JORGE OSCAR PERRINO conceitua os impedimentos matrimoniais como "proibições legais fundadas em circunstâncias de fato ou de direito que obstam a celebração do matrimônio", cf. PERRINO, Jorge Oscar, cf. *Derecho de Familia*, cit., p. 339.

[46] Igualmente, SÍLVIO RODRIGUES destaca ser justificável a proibição do incesto, de natureza eugênica, "pois enlaces dessa natureza podem, em virtude do atavismo, realçar defeitos e taras que se encontravam nos antepassados", RODRIGUES, Sílvio, cf. *Direito Civil*, cit., p. 41.

relacionamentos entre parentes. Depois, por força da densidade da moral social (coletiva), também é estendido tal impedimento a vários modelos de parentesco.

Com a autoridade de seu invulgar conhecimento, ELISABETH ROUDINESCO promove interessante raciocínio explicativo, esclarecendo a necessidade de proibição do incesto, como uma "construção mítica", "ligada a uma função simbólica. Ela é um fato de cultura e de linguagem que proíbe em graus diversos os atos incestuosos justamente por estes existirem na realidade. Permite igualmente diferenciar o mundo animal do mundo humano ao arrancar uma pequena parte do homem desse continuum biológico que caracteriza o destino dos mamíferos. Nessas condições, a família pode ser considerada uma instituição humana duplamente universal, uma vez que associa um fato de cultura, construído pela sociedade, a um fato de natureza, inscrito nas leis da reprodução biológica".[47]

A psicanálise, lastreada nas lições de SIGMUND FREUD, em especial em seu *Totem e Tabu*, defende que a proibição do incesto é uma reação cultural, decorrente da cessidade de refrear o poderoso desejo de praticá-lo.[48] É o que se convencionou denominar de *complexo de Édipo* ou, noutra linha de pensamento, Lei do Pai (expressão utilizada por JACQUES LACAN) para designar a primeira proibição imposta ao indivíduo, procurando estruturá-lo enquanto sujeito e proporcionando o acesso à linguagem e à cultura civilizada. A história, inclusive, relata diversos casos de incesto, como o do Imperador Nero, que nutria desejos sexuais por sua mãe e, por isso, buscou satisfazer-se com uma prostituta bastante assemelhada fisicamente à sua genitora. No Império Persa, é conhecida a relação incestuosa entre o Imperador ARTARXERXES e as suas duas filhas.[49] Assim, a proibição ao incesto se apresenta, realmente, como um interdito cultural, enraizado primitivamente entre nós, como primeira proibição legal, limitando o desejo humano. Isto, aliás, parece tão certo que GILBERTO FREYRE, mesmo sem fazer qualquer menção à Psicanálise, em seu monumental *Casa-Grande & Senzala*, narra a repulsa ao incesto também entre os povos primitivos de nossa Terra-Máter, havendo uma clara "restrição ao intercurso sexual, o totemismo segundo o qual o

[47] ROUDINESCO, Elisabeth, cf. *A família em desordem*, cit., p. 15-16.

[48] Demonstrando que a proibição ao incesto foi a primeira lei fundante e estruturante do sujeito e da própria sociedade, FREUD registra: "onde existe uma proibição tem de haver um desejo subjacente... afinal de contas, não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com maior ênfase (o incesto) deve ser algo que é desejado. Se aplicarmos essa tese plausível aos nossos povos primitivos, seremos levados à conclusão de que algumas de suas mais fortes tentações eram matar seus reis e sacerdotes, cometer incesto, tratar mal os mortos e assim por diante – o que dificilmente parece provável. E nos defrontaremos com a mais positiva contradição se aplicarmos a tese em que nós mesmos pareceremos ouvir com a maior clareza a voz da consciência. Sustentaríamos com a mais absoluta certeza que não sentimos a mais leve tentação de violar nenhuma dessas proibições – o mandamento 'não matarás', por exemplo – e que não sentimos senão horror à ideia de violá-las", *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha, cf. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, cit., p. 18-19.

[49] O Reinado de ARTAXERXES, na Pérsia, começou no ano 465 a.C. e terminou em 425-4 a.C.

indivíduo do grupo que se supusesse descendente ou protegido de determinado animal ou planta não se podia unir a mulher de grupo da mesma descendência ou sob idêntica proteção".[50]

Falando em incesto, como não lembrar das figuras míticas de Édipo e Jocasta, na Trilogia Tebana de SÓFOCLES (o ciclo de mitos que tratam das sortes da cidade de Tebas e sua família real), narrando a propagação de efeitos do incesto na estrutura psicológica das pessoas envolvidas e a repugnância do meio social, trazendo luzes para a justificativa legal de proibição do incesto.[51]

Apesar da reprovação pela Lei Civil, o Direito Penal, em louvável posicionamento (em especial nos tempos atuais em que se apregoa o Direito Penal mínimo), não tipificou o incesto como crime, inexistindo sanção penal para a eventual ocorrência de relacionamento sexual entre ascendentes e descendentes.[52]

Postas essas ideias gerais, vale, então, encalamistrar uma hipótese pouco comum, mas crível. Se dois irmãos se conhecem e se casam, estabelecendo uma relação entre marido e mulher, sem a ciência do vínculo fraternal que os entrelaça, inclusive com decorrência de prole, haveria nulidade casamentária, por conta do impedimento nupcial, decorrente da fria e insensível aplicação da regra à hipótese vertente?

O caso é verídico, tendo ocorrido em terras espanholas. Vale a pena conferir a notícia:

---

[50] FREYRE, Gilberto, cf. *Casa-Grande & Senzala*, cit., p. 171.

[51] Em *Édipo Rei,* narra-se a tragédia estabelecida por um incesto, o casamento de uma mãe (Jocasta) com o próprio filho (Édipo). Inicia-se a peça com Laio, pai de Édipo, sendo avisado por um Oráculo que, se viesse a ter um filho, este seria o seu assassino. Por força disso, logo que Jocasta, sua esposa, deu à luz ao seu filho, Édipo, Laio confiou a um servo a missão de matá-lo. Tocado por extrema piedade, o servo, contudo, entregou a criança a estrangeiros, com o intuito de salvá-la. Assim, a criança foi criada por Pólibo. Já adulto, Édipo, em circunstâncias absolutamente banais, cumprindo a profecia, veio a matar Laio. Em seguida, tomando a rota de Tebas, Édipo vem a decifrar o enigma da Esfinge e, por isso, é aclamado rei pelos tebanos, desposando a viúva Jocasta, por acaso sua própria genitora. Segue-se, então, uma tragédia sobre a cidade: uma praga se abate sobre a região de Tebas, começando a grande tragédia de *Édipo Rei.* A colheita morre nos campos e hortas, os animais são improdutivos, as crianças doentes e os bebês em gestação definham, enquanto os deuses permanecem surdos a todos os apelos. Depois de saber que esses males que assolavam Tebas decorriam de um pecador que ali habitava, o Rei Édipo inicia uma busca insana por conhecê-lo, para matá-lo e restaurar a bonança. Apesar de insistentemente não querer ver, descobre, casualmente, a verdade de sua vida, completando o horror da situação. Surgindo a verdade, Jocasta não espera pelo desfecho e, chegando ao palácio antes de Édipo – que a seguia com o que parecia uma intenção assassina – vem a se enforcar, em suicídio. Arrancando os broches de ouro do vestido dela, Édipo golpeia seguidamente os seus olhos, fazendo o sangue correr pela face da mãe-esposa. "Como pode olhar para o mundo, agora que consegue ver a verdade?" Revela-se, de certo modo, a intenção da peça: *por mais seguro que um homem possa se sentir, mesmo sendo rico, poderoso e afortunado, ninguém pode se sentir seguro de escapar de um desastre; não é seguro chamar qualquer pessoa de feliz...*

[52] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil: Famílias*, cit., p.298.

> É pelo direito a casar-e que os espanhóis Daniel e Rosa Moya Peña lutam agora. A residir na Coruña, estes irmãos, que há 35 anos iniciaram uma relação marital, conseguiram em 2010 que o Estado espanhol os reconhecesse a ambos como progenitores dos filhos que entretanto já são adultos. Foram décadas a lutar nos tribunais.
> 'Se morrer, já podem herdar de mim. Legalmente são meus filhos e não sobrinhos', congratulou-se Daniel em declarações ao jornal espanhol El País.
> A história do amor destes irmãos já foi levada aos ecrãs espanhóis no filme *Más que Hermanos*. Sinopse: Dani cresce com a irmã e a mãe, cuja traumática separação leva à institucionalização de alguns dos sete filhos. Rosa cresce num orfanato. Em 1977, divertia-se com as amigas numa discoteca de Madrid quando um desconhecido a convida para dançar. Recusa. Duas semanas depois, o acaso volta a juntá-los. Apaixonam-se. Seis meses depois reparam na coincidência dos apelidos. Confrontados os registos de nascimento verificaram que os pais eram os mesmos. Separaram-se. Na altura, o incesto ainda era crime. Cinco meses depois, concluíram que não conseguiam manter-se afastados. Assumiram a conjugalidade. As resistências que tiveram de furar não são alimentadas apenas por questões morais. (http://www.publico.pt/sociedade/noticia/lei-portuguesa-nao-penaliza-amor-entre-irmaos-1547025).[53]

Ora, se a regra proibitiva do incesto é constitucional e compatível com o sistema jurídico, não há como se negar a aplicá-la (*an all or nothing*). O caso, portanto, seria de um casamento nulo, embora contraído de boa-fé – o que permitiria a projeção de alguns efeitos, a partir da caracterização como casamento putativo.[54] A relação afetiva, contudo, inexoravelmente, estaria desfeita, sem a possibilidade de se manter o núcleo familiar constituído. E, no particular, note-se que, inclusive, com a decorrência de prole.

Lado outro, se a concepção de família é de possibilidade de convivência, salto aos olhos que, na hipótese prospectada, não se justifica invalidar a relação casamentária

[53] Caso assemelhado foi detectado na Alemanha: "Patrick Stuebing, 29 anos, e Susan Karolewski, 23, vivem num pequeno apartamento nos arredores de Leipzig, na antiga Alemanha Oriental, e parecem um casal como qualquer outro. *A normalidade é só aparente: Patrick e Susan são irmãos e amantes. Há seis anos vivem como marido e mulher, têm quatro filhos...* 'Muita gente desaprova, mas nós não estamos fazendo nada errado', diz Patrick. Na semana passada, o casal anunciou que apresentará um recurso à Suprema Corte da Alemanha para que possa constituir legalmente uma família. Pela lei alemã, o sexo entre irmãos pode ser punido com até três anos de prisão. No Brasil, o casamento entre irmãos é proibido, mas não é crime manterem relações sexuais, desde que sejam maiores de dezoito anos", http://veja.abril.com.br/140307/p_092.shtml.

[54] Art. 1.561, Código Civil: "embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão."

estabelecida entre irmãos (que não conheciam tal condição) e que, posteriormente, efetivaram um núcleo familiar, centrado em solidariedade, respeito e afeto. A toda evidência, sacrificar essa comunhão de afetos estabelecida nesse caso seria um golpe no próprio sistema jurídico, que estabelece *especial proteção para os núcleos afetivos*. Até porque, ao proceder assim, estar-se-ia utilizando a regra (CC, art. 1.521, estabelecendo a proibição do incesto) para sacrificar os valores perseguidos pelo sistema jurídico como um todo e, particularmente, por ela mesma.

O que se pretende com a proibição de incesto é evitar um prejuízo para a convivência familiar (por conta dos potenciais efeitos deletérios), mas não sacrificar uma comunhão de vidas formada entre irmãos que, sequer, conheciam essa condição. Por isso, o caso seria de *superabilidade (derrotabilidade) da regra proibitiva do incesto, afastando a norma específica e reconhecendo, casuisticamente, a validade e a eficácia do matrimônio.*

Advirta-se, por oportuno: não se imagine, com isso, que o impedimento matrimonial decorrente da proibição de incesto estaria sendo afrontando ou eliminado do sistema jurídico; apenas e tão somente, será superado no caso concreto, por meio da *derrotabilidade* (*defeseability*), para privilegiar as circunstâncias específicas de um verdadeiro *extreme case.*

5.2 Derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente

O direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge ou ao companheiro (e, por óbvio, extensível ao parceiro homoafetivo) de continuar residindo no imóvel, de natureza residencial, que, durante a convivência, servia de lar para o casal, após a morte de um dos componentes de uma sociedade afetiva, independentemente de ter direito meatório ou sucessório sobre o bem e independentemente do regime de bens.

Trata-se de um direito real sobre a coisa alheia, vitalício. Um verdadeiro subtipo de usufruto: *um usufruto para fins de moradia*[55]*, enquanto o cônjuge (ou o companheiro) viúvo estiver vivo.*

O Código Civil, no art. 1.831, reconhece, expressamente, o direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente.[56] Já o direito real de habitação do companheiro supérstite decorre da incidência do Parágrafo Único do art. 7º da Lei nº

[55] "No campo dos direitos reais de fruição, a menor amplitude quantitativa concerne ao direito real de habitação. É uma espécie do gênero direito de uso. *Como se extrai da própria nomenclatura, cuida-se de direito real de uso limitado à habitação, pois, além de incessível, não admite qualquer forma de fruição"*, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. Curso de Direito Civil: Reais, cit., p.856.

[56] Art. 1.831, Código Civil: "ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar."

9.278/96[57], que não foi revogado pela superveniência omissiva da Lei Civil. De fato, um caso típico de silêncio não eloquente, conforme o correto e majoritário entendimento da doutrina e a orientação da jurisprudência superior.[58-59]

A finalidade das regras que estabelecem o direito real de habitação em favor do cônjuge ou do companheiro sobrevivo é dúplice: garantir uma qualidade de vida ao viúvo (ou viúva), estabelecendo um mínimo de conforto para a sua moradia, e, ao mesmo tempo, impedir que o óbito de um dos conviventes sirva para afastar o outro da residência estabelecida pelo casal.

Bem por isso, com esse específico fim, o direito de habitação independe do direito à meação (submetido ao regime de bens) e do direito à herança. Ou seja, mesmo que o cônjuge (ou companheiro) sobrevivente não seja meeiro e não seja herdeiro e, por conseguinte, mesmo que não tenham qualquer direito sobre o aludido imóvel, terá assegurado em seu favor o direito de ali permanecer residindo, enquanto vida tiver.

A regra é visivelmente *protecionista*, portanto.[60]

Pretende impedir uma quebra de razoabilidade em casos corriqueiros de famílias reconstituídas. Assim, obsta-se, e. g., que os filhos do falecido cônjuge ou companheiro (quando não forem descendentes da viúva) venham a retirá-la do imóvel em que residia, em um momento tão doloroso, causando uma situação de verdadeira penúria afetiva

---

[57] Art. 7º, Parágrafo Único, Lei nº9.278/96: *"dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família"*.

[58] Nessa esteira, MARIA BERENICE DIAS reconhece que "persiste o direito real de habitação na união estável por força do dispositivo legal não revogado (Lei 9.278/96, art. 7º, Parágrafo Único)", cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p. 176. Na mesma direção, veja-se o Enunciado 117 da Jornada de Direito Civil: *"o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, 'caput', da CF/88."*

[59] "Direito Civil. Sucessão. Direito real de habitação. Companheiro sobrevivente. Possibilidade. Vigência do art. 7º da Lei n.9.278/96. Recurso improvido. 1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente. *Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7° da Lei n. 9.278/96*. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª T., julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012. 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. 4. Recurso improvido." (STJ, Ac.unân. 4ª T., REsp 1.156.744/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. 9.10.12, DJe 18.10.12).

[60] É uníssono o entendimento doutrinário: "é que a intenção manifesta do legislador – via direito real de habitação – não é punir ou suprimir direitos do cônjuge sobrevivente, *mas sim, proteger os membros da família, assegurando-lhes o direito de habitação"*, LEITE, Eduardo de Oliveira, cf. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p.227.

e material. A regra, portanto, tem um pano de fundo protetivo, mostrando-se válida e compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios dos quais defluiu.

Todavia, conquanto a regra se mostre válida, uma distorção prática pode decorrer do reconhecimento do direito real de habitação. Basta imaginar uma pessoa que faleceu, deixando filhos menores de um primeiro casamento, a quem prestava alimentos para a sobrevivência, e a viúva (ex-cônjuge ou ex-companheira) e deixando, tão somente, um único apartamento – que havia adquirido anteriormente à relação afetiva e onde residia com a consorte. Embora os filhos tenham o direito hereditário sobre o imóvel, adquirindo-o automaticamente pela regra sucessória (*droit de saisine*, transmissão automática prevista no art. 1.784 do Código de 2002), a viúva continuará nele residindo até que venha a falecer. Pior: continuará residindo *mesmo que constitua uma nova relação afetiva*, podendo, até mesmo, levar o seu novo parceiro para residir com ela no imóvel (que, efetivamente, pertence aos seus enteados que, inclusive, podem estar à míngua, até porque quem contribuía para o seu sustento, já está morto...).

A situação pode ganhar contornos ainda mais dramáticos: imagine-se, agora, que a viúva, inclusive, possui um imóvel, que tinha antes da relação, e que está alugado, uma vez que passou a residir no imóvel do falecido, quando se estabeleceu o relacionamento. Nessa hipótese, torna-se um drama próximo ao absurdo: a viúva, que possui um imóvel residencial próprio, alugado, permanecerá residindo no bem que servia de lar para o casal, enquanto os filhos (legítimos proprietários) ficam privados do exercício de seu direito, enquanto ela estiver viva, mesmo que constitua uma nova relação afetiva...

Trata-se, a toda evidência, de um extreme case. Não se trata de um caso comum, corriqueiro, mas, seguramente, factível.

Para a solução dessa hipótese, a razoabilidade e o natural senso de justiça distributiva *(lembrando a máxima "dar a cada um o que é seu")* sinalizam para a *derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação*, permitindo, então, uma solução adequada e casuística.

Não significaria uma recusa peremptória e definitiva de reconhecer e aplicar a regra do direito real de habitação em favor de pessoas viúvas, em relação ao imóvel que serviu de lar para o casal. Trata-se, episódica e casuisticamente, *de superar, derrotar, a norma-regra, garantindo o império dos valores almejados pelo sistema* (nessa hipótese, proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente).

5.3 Derrotabilidade da regra que estabelece a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção

A regra esculpida no art. 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é clara, ao proclamar a irrevogabilidade e a irretratabilidade da adoção em nosso ordenamento jurídico:

> Art. 39, §1º, Estatuto da Criança e do Adolescente:
> § 1o A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

De fato, os efeitos decorrentes da decisão judicial que defere a adoção têm de ser *irrevogáveis* e *irretratáveis*[61], evitando uma instabilidade familiar ou uma fraude sucessória. Com isso, a superveniência da morte do adotante não afetará a relação paterno-filial estabelecida pela sentença de adoção, transitada em julgado (ECA, art. 49), não gerando um restabelecimento do poder familiar anterior.[62]

Por idêntica lógica, a recíproca há de ser verdadeira. E, com isso, o óbito do adotado não afeta o vínculo de parentesco estabelecido pela adoção.

Nessa ordem de ideias, a superveniência de morte do adotante implica em reconhecimento do direito sucessório do filho adotado, sem qualquer distinção com outros filhos, biológicos ou não, conforme assegurado pela norma constitucional.[63] E, reciprocamente, a morte do filho adotivo, sem deixar descendentes, implica em direito sucessório para os adotantes.

Há lógica: "por estar sendo formada uma família, por estar sendo concebido um filho através da adoção, por ser este filho idêntico a qualquer outro, já que filho, o legislador, disciplinou ser irrevogável a adoção. O filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com relação à adoção... *Rompido o vínculo de parentesco com a criação de um vínculo novo, aquele não mais se restabelece".*[64]

Enfim, *a adoção é para sempre* – e não poderia ser diferente.[65]

A situação gera uma conclusão inexorável: com o regular trânsito em julgado da decisão que deferiu a adoção, um eventual desligamento do vínculo paterno-filial estabelecido judicialmente, entre o adotante e o adotado, somente será possível por

---

[61] A jurisprudência vem sendo firme nesse sentido: "adoção. Revogação. Impossibilidade. De acordo com o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é ato irrevogável, não podendo, depois de concretizada, ficar ao alvedrio daqueles que reconheceram espontaneamente o filho. Motivos de arrependimento e ingratidão por parte do adotado não servem, *data venia*, como fundamento ao presente pedido. Recurso improvido" (TJ/RJ, Ac.11ªCâm.Cív., ApCív.2004.001.11029, rel. Des. José C. Figueiredo, j. 16.6.04).

[62] Art. 49, Estatuto da Criança e do Adolescente: "a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais".

[63] "A condição de herdeiro em representação ao pai pré-morto é decorrência natural da filiação constituída por sentença que deferiu a adoção *post mortem*, já transitada em julgado" (TJ/RS, Ac.7ªCâm.Cív., AgInstr.70012153995, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j.27.7.05).

[64] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, cf. "Adoção", cit., p.189.

[65] Bem por isso, o art. 41 do Estatuto Menorista estabelece o desligamento dos vínculos biológicos como efeito da adoção: "a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, *desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais."*

uma nova decisão judicial, a ser proferida, agora, em uma ação de destituição do poder familiar, nos casos previstos em lei, respeitado o devido processo legal.

Dúvida inexiste, assim, de que a regra da irrevogabilidade da adoção é válida. Além de compatível com o Texto Magno (notadamente com o seu art. 227 que assegura a proteção integral infanto-juvenil), também se concilia, visivelmente, com os princípios norteadores do Texto Estatutário.

Vale, então, prospectar uma hipótese, fazendo alusão a um interessante caso dirimido pela Corte de Justiça mineira – que autorizou o cancelamento de uma adoção, com o propósito de impedir uma relação incestuosa entre o adotado e a sua irmã, uma filho do adotante e, como consequência, a nulidade do casamento, do qual já tinha decorrido, inclusive, filhos.

O caso chama a atenção. Uma garota foi adotada, quando criança, pela prima de sua mãe biológica. A adotante já tinha dois filhos biológicos e a adotada continuou convivendo com a sua avó materna e se relacionando com os novos irmãos com um vínculo idêntico ao que já tinham anteriormente. Isto é, não se estabeleceu uma relação fraterna. Posteriormente, a adotada passou a conviver maritalmente com um deles, inclusive advindo filhos desse relacionamento afetivo – o que motivou o pedido de cancelamento da adoção, na medida em que o casal era composto por dois irmãos (adotivos), pais de um filho. O Pretório de Minas Gerais, excepcionando a regra da irrevogabilidade, deferiu o pedido de cancelamento da adoção, restabelecendo o vínculo biológico.

Consta da fundamentação do acórdão:

> Trata-se de realidade fática – singular, diferenciada e especialíssima – cujo exame exige cautela e ponderação, porquanto envolve valores ético-constitucionais, impendendo exarar que 'as disposições legais não esgotam todo o conteúdo da tutela da personalidade humana, surgindo aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes', como ensina Sílvio Romero Beltrão... Poder-se-ia, simplesmente, negar provimento ao recurso, ao singelo argumento de que "a adoção é irrevogável", aplicando-se a regra legal. Tem-se, de um lado, o texto letárgico e indiferente da lei, que estabelece a irrevogabilidade da adoção; de outro, prerrogativa fundamental, atinente à dignidade da pessoa humana, cuja peculiaridade e especificidade, do caso concreto, recomenda (ou melhor, exige) a análise sob inspiração hermenêutico-constitucional, com engenhosidade intelectual, social e jurídica, a fim de se alcançar o escopo magno da jurisdição: a pacificação social.

Cuida-se, a mais não poder, de uso da *derrotabilidade das normas-regras*, superando-se, episódica e casuisticamente, a regra geral do sistema (que continuará sendo - e não pode ser diferente – a irrevogabilidade da adoção). Apenas excepcionou-se a regra em

um caso justificável (*extreme case*) para o amplo respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial à dignidade humana.

O precedente merece referência:

> Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação. Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada. Recurso provido.
> Tem-se conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés da tutela.
> Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança advinda de relacionamento 'aparentemente' incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. (TJ/MG, ApCív.1.0056.06.132269-1/001(1) – comarca de Barbacena, rel. Des. Nepomuceno Silva, j.6.12.07, DJMG 9.1.08, p.5)[66]

Infere-se, pois, que nenhuma norma-regra pode impedir eventuais exceções, em casos concretos, justificados. Assim, em casos raros, pontuais e especiais (*extreme cases*), será possível o cancelamento da adoção e o restabelecimento do poder familiar com a intenção de resguardar os interesses existenciais (jamais para fins patrimoniais) e a dignidade do próprio adotado.

6 EPÍLOGO (À GUISA DE ADVERTÊNCIA)

Em arremate, resta certo e incontroverso que a inexistência de hierarquia (quantitativa ou qualitativa) entre as regras e os princípios, faz surgir a necessidade de compreender as particularidades e idiossincrasias de cada uma destas categorias de normas jurídicas.

[66] O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, igualmente, já possui um precedente, marcado pelo mesmo caráter de excepcionalidade: "Adoção. Revogação. Possibilidade em casos excepcionais. Tal excepcionalidade configura-se bem no caso concreto, onde o vínculo legal jamais se concretizou no plano fático e afetivo entre adotante a adotada, uma vez que esta nunca deixou a convivência de seus pais sanguíneos. Adoção que nunca atingiu sua finalidade de inserção da menor como filha da adotante." (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., ApCív. 70003681699 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.2.02).

Os princípios (*mandados de otimização*, com conteúdo aberto e solução casuística) podem ser balanceados, para garantir a unidade e coerência do sistema jurídico. Jamais, contudo, podem ser *derrotados* ou *superados* por não estabelecerem, em seu conteúdo, uma hipótese clara e específica de incidência, até mesmo em razão de seu alto grau de abstração.[67]

As regras (que são *mandados de definição*), por seu turno, submetem-se à *superabilidade* ou *derrotabilidade*, com o propósito de viabilizar uma solução efetiva e eficaz para os extreme cases (casos extremados), nos quais a aplicação fria e insensível da norma-regra conduziria a um aniquilamento irreversível dos objetivos almejados pelo sistema jurídico.

Sem dúvida, a admissibilidade da *derrotabilidade* das regras, ainda que em caráter excepcional, autoriza a prolação de uma decisão *contra legem* – sem eufemismo ou puritanismo. O fundamento, porém, desse permissivo de decisões contrárias à norma jurídica é, curiosamente, o mesmo que embasa o respeito às normas jurídicas: a decisão *contra legem* é admitida quando necessária para que a aplicação de uma regra não afronte os valores que justificaram a sua elaboração.

E, de um jeito ou de outro, *se mostra inevitável admitir a existência de decisões 'contra legem' em qualquer estado constitucional de Direito*. E, como pondera THOMAS BUSTAMANTE, "a prática jurídica, por certo, é também sensível aos argumentos que predominem no discurso filosófico sobre a argumentação *contra legem*".[68]

Até porque, como já dizia TITO LÍVIO, desde priscas eras, "*nenhuma lei se adapta igualmente bem a todos*".[69]

Enfim, é o sistema *jurídico sempre mudando*, posto que não está pronto e acabado, se adaptando às necessidades impostas pela vida – que é muito mais ampla – e melhor! – do que o Direito. Como uma verdadeira *metamorfose ambulante*...

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[67] "Os princípios são normas cuja institucionalização é *parcial* (já que falta a determinação dos comportamentos concretos que se seguem dessas normas) e, por conseguinte, não podem ser superados porque não estabelecem nenhuma hipótese de incidência", BUSTAMANTE, Thomas, cf. "Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*", cit., p.153.

[68] BUSTAMANTE, Thomas, cf. "Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*", cit., p.177.

[69] TITO LÍVIO (59 a.C-17 d.C) nasceu em Pádua, na Itália, e foi pesquisador e historiador latino. *História de Roma* integrou a sua grande obra *Ab Urbe condita libri* (*Desde a fundação da cidade*), composta por cento e quarenta e dois livros, dos quais apenas trinta e cinco conseguiram chegar até os nossos dias.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios*, São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 2007.
_____. Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do Direito' e o 'Direito da ciência. In: *Revista eletrônica de Direito do Estado* – REDE. Salvador, n. 17, jan./mar. de 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, São Paulo: Saraiva, 2009.

BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa:* análise da prática jurisprudencial, Salvador: JusPODIVM, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional,* São Paulo: Malheiros, 16aed., 2005.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Logo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial:* a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. *Princípios, regras e conflitos normativos:* uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. In Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC-RJ, n. 37, jul./dez. de 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual:* modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar, Curitiba: Juruá, 2005.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: RT, 3ª ed., 2006.

DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil:* Parte Geral e LINDB. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Curso de Direito Civil:* Reais. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Curso de Direito Civil:* Famílias. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. 49ª ed. São Paulo: Global, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família* – Aspectos polêmicos, 2ªed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, São Paulo: RT, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: RT, 1984.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, Tomo II.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família:* uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, Tomo I.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil:* Direito de Família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 6.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases* e soluções juridicamente adequadas. São Paulo: Método, 2006.

MOBILIDADE E ACESSIBILIDADE: DIREITOS QUE FUNDAMENTAM A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA GARANTIR O DIREITO À CIDADE

Daniella Maria dos Santos Dias[1]

RESUMO: O artigo tem por objetivo refletir sobre o direito à cidade, à acessibilidade e à mobilidade como direitos que fundamentam a atuação do Ministério Público numa perspectiva transdisciplinar, vez que deve fiscalizar o processo de planejamento e o desenvolvimento urbano, de forma a garantir o cumprimento das funções sociais da cidade e a concretização da dignidade humana, nas áreas urbanas e rurais.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério público. Planejamento urbano. Desenvolvimento urbano. Direito à cidade. Funções sociais da cidade. Mobilidade e acessibilidade.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE E O DIREITO À CIDADE. 3 ACESSIBILIDADE E MOBILIDADE URBANA. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O Ministério Público é instituição essencial à atividade jurisdicional estatal, cabendo defender as diretrizes e valores ínsitos na expressão Estado Democrático de Direito, que tem por fundamentos, dentre outros, a cidadania, a dignidade humana, o pluralismo político (art. 1º CF).

Os promotores de justiça são agentes determinantes para a transformação estrutural dos espaços sociais, dos paradigmas culturais e jurídicos. São agentes interpretando o texto constitucional, forjando mecanismos, quer jurídicos quer políticos, para a efetividade dos direitos previstos na Carta Constitucional. A interpretação do texto constitucional por esses operadores jurídicos possibilitará a produção de novas vias, soluções para os problemas sociais, a partir das diretrizes nele contidas (Constituição).

Diversas e complexas atribuições são de responsabilidade do Ministério Público. Destaca-se neste artigo a responsabilidade que possui o Ministério Público de fiscalizar o efetivo cumprimento dos dispositivos constitucionais que tratam da política urbana e

[1] Doutora em Direito Público – UFPE. Pós-doutorado - Universidad Carlos III de Madrid. Professora Associado II – UFPA. Promotora de Justiça.

da necessidade de concretização de espaços urbanos sustentáveis. O Estatuto da Cidade, por sua vez, apresenta o Ministério Público como ator indispensável no processo de planejamento e crescimento dos espaços urbanos.

A responsabilidade que atualmente possui o Ministério Público de fiscalizar o cumprimento das funções sociais da cidade pressupõe também a fiscalização no que diz respeito ao cumprimento das normas que objetivam assegurar a acessibilidade e a mobilidade urbana.

Este artigo tem por objetivo apontar a intrínseca correlação entre o direito à cidade, à acessibilidade e à mobilidade e como esses direitos fundamentam a obrigatoriedade de atuação do Ministério Público de forma a garantir o cumprimento das funções sociais da cidade e a concretização da dignidade humana nas áreas urbanas e rurais, numa perspectiva interdisciplinar e interdependente, uma vez que os direitos e valores intrínsecos às expressões funções sociais da cidade e direito à cidade demandam importante reconfiguração da atuação de promotorias especializadas (promotorias do consumidor, meio ambiente, habitação e urbanismo, deficientes e idosos) para uma nova perspectiva que transforme a atuação do Ministério Público em eixos temáticos tendo em vista a ampla proteção aos direitos humanos.

2 O PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE E O DIREITO À CIDADE

O artigo 182 da Constituição Federal é dispositivo que afirma a necessidade de realização do desenvolvimento urbano, competência primordial do poder público municipal, que há de se efetivar consoante determinados objetivos. Trata-se de norma com caráter principial, isto é, com grande densidade principiológica, pois elenca os vetores necessários à realização de políticas públicas nos espaços locais, a saber: o bem-estar social e a garantia do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Importante aduzir que a consecução do bem-estar para todos nos espaços urbanos requer a efetiva proteção e salvaguarda de diversos direitos fundamentais a ele direta ou indiretamente relacionados. Isso pressupõe que, para a realização do desenvolvimento urbano consoante os objetivos constitucionais, é imperioso considerar os diversos direitos fundamentais com o concomitante cumprimento das funções sociais da cidade, estas últimas compreendidas como o efetivo resultado da prestação dos serviços públicos necessários para que os cidadãos possam trabalhar, habitar, circular e desfrutar de atividades recreativas e de lazer nos espaços urbanos.

O bem-estar social pressupõe uma vida sadia, em um ambiente físico que apresente estrutura eficiente e serviços que possam satisfazer às necessidades da população, inclusive às específicas dos grupos vulneráveis. Nesse sentido, a cidade, enquanto ambiente construído, necessitará de planos políticos que possibilitem o desenvolvimento de suas funções sociais de forma a garantir o bem-estar dos habitantes (art. 182 da CF) paralelamente à defesa do meio ambiente.

O capítulo constitucional da política urbana ganhou densidade jurídica por meio de diversos sistemas normativos, devendo-se destacar o Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/2001 -, que veio dar densidade às normas expressas nos artigos 182 e 183, ordenamento infraconstitucional que estabelece as diretrizes gerais da política urbana.

O Estatuto da Cidade, seguindo o disposto no texto constitucional, elenca diversos instrumentos para que o poder público municipal possa atuar objetivando a realização das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Consoante o Estatuto da Cidade, ao município é delegado o dever, a competência de planificar metas e ações para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, pois é o principal responsável pela efetivação e garantia das funções sociais da cidade. Então, como traduzir as funções sociais da cidade para se alcançar uma vida digna, com qualidade?

O pleno exercício das funções sociais da cidade2 traduz-se pelo efetivo exercício do direito à cidade. Trata-se de objetivo cuja responsabilidade é de toda a Federação, mas ao município cabe a árdua tarefa de buscar concretizar, na esfera municipal, a equidade, a justiça social, pois falar de desenvolvimento urbano é falar de um ambiente em que as desigualdades sociais estejam reduzidas e onde os cidadãos possam ser tratados de forma equânime.

Para a Carta Mundial do Direito à Cidade, fruto do Fórum Social Mundial do ano de 2005, realizado na cidade de Porto Alegre, o direito à cidade se configuraria como "o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios da sustentabilidade e da justiça social". O direito à cidade, consoante referido documento, expressar-se-ia como o direito a uma cidade sem discriminação de gênero, idade, raça, etnia, orientação política e religiosa, que preserve a memória e a identidade cultural, justamente por ser a cidade um espaço coletivo culturalmente rico e diversificado (art. I da Carta Mundial do Direito à Cidade, http://5cidade.files.wordpress.com/2008/04/carta_mundial_direito_cidade.pdf, 24 de fevereiro de 2011).

O documento traz como princípios do direito à cidade a gestão democrática, a função social da cidade e da propriedade, o exercício pleno da cidadania, a não discriminação, a proteção aos grupos e pessoas vulneráveis, o compromisso social do setor privado em programas sociais e empreendimentos econômicos para o desenvolvimento da igualdade entre os habitantes, assim como o impulso à economia solidária e às políticas impositivas e progressivas (art. II da Carta Mundial do Direito à Cidade, http://5cidade.files.wordpress.com/2008/04/carta_mundial_direito_cidade.pdf, 24 de fevereiro de 2011).

---

[2] Para Saule Júnior, " As funções sociais da cidade, na verdade, são interesses difusos, pois não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções das cidades, os proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes, migrantes, têm como contingência habitar e usar um mesmo espaço territorial, a relação que se estabelece entre os sujeitos é a cidade, que é um bem de vida difuso.A função social da cidade deve atender os interesses da população de ter um ambiente sadio e condições dignas de vida, portanto, não há como dividir essas funções entre pessoas e grupos preestabelecidos, sendo o seu objeto indivisível" (SAULE JR., 1997. p. 61).

Para o desenvolvimento urbano equitativo e sustentável, a Carta prevê como direitos inerentes ao direito à cidade: a liberdade e a integridade física e espiritual; a participação política; o direito à associação, à reunião e ao uso democrático do espaço público; o direito de acesso à justiça, à segurança pública e à convivência pacífica, solidária e multicultural; o acesso a serviços públicos domiciliares e urbanos; o direito ao transporte público e à mobilidade urbana; o direito à habitação; o direito à educação; o direito ao trabalho, à cultura e ao lazer; o direito à saúde e ao meio ambiente.

A UNESCO, ao tratar das políticas urbanas e o direito à cidade, considerando os direitos, responsabilidades e cidadania, registrou que:

> Com base nos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, as políticas urbanas devem atender às necessidades de todos os moradores e garantir-lhes os direitos, independentemente de religião, idade, gênero, raça, ou nível de renda, para tirar o máximo proveito dos serviços e vantagens que a cidade tem a oferecer, além de participar ativamente na gestão da cidade como parte das suas responsabilidades. (UNESCO. A UNESCO e as cidades: uma parceria, 2008, http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001561/156108por.pdf, em 5 de março de 2011).

Consoante Lefebvre, o direito à cidade seria a expressão do movimento democrático de apropriação do espaço e de reconstituição do espaço-tempo como mecanismo principal para a superação das desigualdades e possibilidade de inserção de todos os cidadãos à centralidade.3 (LEFEBVRE, 2008)

A Carta Europeia de Proteção aos Direitos Humanos na Cidade reconhece que aos habitantes da cidade devem ter efetivados e garantidos diversos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais, como: o direito à participação política; o direito de associação, de reunião e de manifestação; o direito de proteção à vida privada e familiar; o direito à informação; o direito geral aos serviços públicos de proteção social; o direito à educação; o direito ao trabalho; o direito à cultura; o direito à moradia; o direito à saúde; o direito ao meio ambiente; o direito ao urbanismo harmonioso e sustentável; o direito à circulação e à tranquilidade na cidade; o direito ao lazer; o direito dos consumidores (VARGAS, 2000).

[3] Para o autor, "O *direito à cidade* não pode ser concebido como simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais. Só pode ser formulado como direito à vida urbana, transformada, renovada. Pouco importa que o tecido urbano encerre em si o campo e aquilo que sobrevive da vida camponesa conquanto que o ‹urbano›, lugar de encontro, prioridade do valor de uso, inscrição no espaço de um tempo promovido à posição do supremo bem entre os bens, encontre sua base morfológica, sua realização prático-sensível» « (LEFEBVRE, 2001, p. 116-117).

Vale salientar que o Estatuto da Cidade traz uma definição legal sobre o que seja o direito a cidades sustentáveis. Esse paradigma deverá estar implícito e explícito em todas as políticas e planos urbanísticos, pois o cumprimento das funções sociais da cidade depende da realização de políticas em prol da terra urbana, da moradia, de uma infraestrutura sanitária, de uma infraestrutura urbana, de transportes e serviços públicos, da existência de condições dignas de trabalho e de opções para o trabalho, de criação de espaços para lazer para as presentes e futuras gerações4 (art. 2º da Lei 10.257/01).

Da leitura desse dispositivo, depreende-se que o Estatuto da Cidade inova quando trata da ocupação do solo, não somente considerando a base material da cidade, mas, sobretudo, as necessidades de infraestrutura, de equipamentos públicos e de prestação de serviços para todos os cidadãos. O que o Estatuto da Cidade determina é que a ocupação do solo urbano brasileiro se realize objetivando a melhoria dos assentamentos humanos, melhoria que requer políticas integradas que objetivem a educação, o trabalho, o lazer, o aumento da capacidade aquisitiva, o acesso à moradia, à segurança jurídica da posse, à participação democrática.

A Carta Constitucional e o Estatuto da Cidade definem o poder público como agente primordial, com papel político determinante para a realização da sustentabilidade5 nos espaços urbanos e rurais.

---

4 "Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;" (art. 2 o, inciso I, da Lei 10.257/2001).

5 Para Cavalcanti: "Sustentabilidade quer dizer o reconhecimento de limites biofísicos colocados, incontornavelmente, pela biosfera no processo econômico. Esta é uma percepção que sublinha o fato de que a primeira (a ecologia) sustenta o último (a economia), dessa forma obrigando-o a operar em sintonia com os princípios da natureza. O discurso oficial, entretanto, gira em torno da idéia de que o desenvolvimento sustentável pode ser conquistado com crescimento infinito, desde que certas ressalvas de proteção ambiental sejam observadas. Esta noção difere muito da compreensão de que o meio ambiente deve ser visto como fonte derradeira de certas funções, sem as quais a economia simplesmente não pode existir ou operar, e cujos ritmos determinam a velocidade do que pode ser feito. Para ser sustentável, com efeito, o sistema econômico deve possuir uma base estável de apoio. Isto requer que as capacidades e taxas de regeneração e absorção sejam respeitadas. Se não for assim, o processo econômico vai se tornar irremediavelmente insustentável. Uma estratégia de desenvolvimento sustentável é, portanto, necessária para a formulação de política que leve a natureza em conta como fator restritivo, cuja produtividade deve ser maximizada no curto prazo, cuja disponibilidade deve ser preservada no futuro distante e cuja integridade não pode ser deformada.

Para serem relevantes, as políticas de governo para a sustentabilidade têm de ser capazes de redirecionar o curso dos eventos econômicos de tal maneira que as atividades que destroem o capital natural ou dissipam recursos renováveis, perturbando os correspondentes ecociclos, seja freadas. Por outra parte, as atividades que causarem pequenas perturbações ou que preservarem funções vitais de apoio do ecossistema devem ser mantidas ou promovidas. O desenvolvimento sustentável deve assegurar que essas funções sejam transferidas sem dano às futuras gerações. A sustentabilidade não será obtida se o capital natural for aviltado, incapacitando o ecossistema de gerar os serviços que permitam aos humanos realizar a satisfação de suas necessidades. A

Especificamente nas áreas urbanas, o poder público municipal terá papel decisivo, estabelecendo normas que regularão o uso da propriedade privada em prol do bem-estar coletivo, em prol da segurança, do bem-estar dos cidadãos, do equilíbrio ambiental (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.257/01).

Sob essa perspectiva, planejar e executar políticas futuras para os espaços urbanos em bases sustentáveis requer considerações sobre as necessidades dos atores sociais, dos diferentes interesses econômicos e políticos que formam a base das relações sociais e determinam o uso, a ocupação, a transformação do espaço físico, assim como a conformação das relações sociais entre os atores sociais que, indubitavelmente, vivenciam diferentes formas de vida nos espaços urbanos.

O importante é considerar que o direito à cidade enfeixa plexo de direitos e garantias fundamentais, sociais, que revelam que o exercício da cidadania nada mais é que o reflexo da inclusão e participação dos cidadãos na produção do espaço urbano. Significa dizer que direito à cidade nada mais seria que a efetiva participação no processo de produção do espaço por meio do acesso, da ocupação, do uso dos espaços, tendo em vista garantir a dignidade humana em todas as suas dimensões.

Para Nonato (2013, p. 103, *mimeo*):

> Compreender e garantir o direito à cidade sustentável é contribuir para a promoção da inclusão social. Não existe sustentabilidade onde significativa parcela da população de uma cidade encontra-se marginalizada. A eficácia (jurídica e social) do direito à cidade sustentável deve ser objeto de permanente otimização, na medida em que tem como objetivo a constante otimização de vetores constitucionais como cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III) e a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, além do combate de todas as formas de discriminação (art. 3º, incisos I, III e IV). Todos esses vetores representam instrumentos para efetivação do direito à cidade sustentável, o qual depende da atuação estatal para sua concretização.

Após a análise sobre o significado da expressão "direito à cidade" e elucidação da responsabilidade do poder público municipal em viabilizar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, passa-se à análise sobre os parâmetros legais existentes para garantir a acessibilidade e a mobilidade urbanas.

---

noção de desenvolvimento sustentável representa uma alternativa ao conceito de crescimento econômico, indicando que, sem a natureza, nada pode ser produzido de forma sólida. Ela mostra o que é possível do ponto de vista puramente material, o que deve ser confrontado com a aspiração de mais e mais riqueza que, na sociedade moderna de hoje, constitui o que é desejável" (CAVALCANTI, 1997, p. 38).

3 ACESSIBILIDADE E MOBILIDADE URBANA

A Carta Mundial do Direito à Cidade, em seu artigo 13, prioriza o direito ao transporte público e à mobilidade urbana, destacando a obrigação das cidades de garantir o direito à mobilidade e à circulação em consonância com um plano de mobilidade urbano e intraurbano, por meio de um sistema de transportes públicos que seja acessível, que ofereça preços razoáveis e que seja adequado às necessidades ambientais e sociais. Nesse sentido, as cidades devem remover as barreiras arquitetônicas e instalar equipamentos necessários ao sistema de mobilidade e circulação, assim como as edificações públicas, os locais de trabalho e de lazer deverão garantir a acessibilidade de pessoas com deficiência. (http://5cidade.files.wordpress.com/2008/04/carta_mundial_direito_cidade.pdf, 24 de fevereiro de 2011)

No Brasil, a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Trata-se de norma que veio dar maior densidade jurídica ao disposto no artigo 182 do texto constitucional, uma vez que, ao instituir a Política Nacional de Mobilidade Urbana, estabeleceu - como instrumento da política de desenvolvimento urbano - a necessária integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do município.

Consoante o disposto no artigo 2º da Lei 12.587/2012:

> Art. 2º A Política Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana.

O artigo 5º, por sua vez, elenca os princípios da Política Nacional de Mobilidade Urbana:

> Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:
> I - acessibilidade universal;
> II - desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais;
> III - equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo;
> IV - eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;
> V - gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana;
> VI - segurança nos deslocamentos das pessoas;
> VII - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços;

> VIII - equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; e
> IX - eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.

A referida lei, em seu artigo 4º, assim define mobilidade urbana e acessibilidade:

> Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:
> II - mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano;
> III - acessibilidade: facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autonomia nos deslocamentos desejados, respeitando-se a legislação em vigor;

Destaca-se que a Política Nacional de Mobilidade Urbana possui dentre seus objetivos a redução das desigualdades e a promoção da inclusão social; a promoção do acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais; a melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade (art. 7º, incisos I, II e III).

O Estatuto da Cidade determina que todas as cidades brasileiras com mais de 500.000 habitantes devem elaborar um Plano de Transporte Urbano Integrado, atualmente denominado Plano Diretor de Transporte e da Mobilidade (art. 41, § 2º, da Lei 10.257/2001, c/c Resolução nº 34/2005, do Conselho das Cidades).

Referido plano deve estar embasado nas normas federais e nas diretrizes elencadas pelo Ministério das Cidades, por meio de sua Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana. A SeMob - Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana - tem como função estratégica promover a articulação das políticas de transporte, trânsito e acessibilidade, destacando-se dentre suas ações: apoio a projetos de corredores estruturais de transporte coletivo urbano; apoio à elaboração de projetos de sistemas integrados de transporte coletivo urbano e a projetos de sistemas de circulação não motorizada; apoio a projetos de acessibilidade para pessoas com restrição de mobilidade e deficiência e apoio à elaboração de Planos Diretores de Mobilidade Urbana. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007) (grifo nosso)

No que diz respeito à elaboração de Planos Diretores de Transporte e da Mobilidade Urbana, a SeMob considera que as cidades brasileiras necessitam de uma mudança de paradigma para o enfrentamento da crise da mobilidade urbana, o que depende da integração das políticas de mobilidade urbana aos instrumentos de gestão urbanística, respeitando-se os princípios da sustentabilidade ambiental e a necessária inclusão social. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007)

Para a SeMob, qualquer Plano de Mobilidade Urbana deve estar intrinsecamente relacionado ao planejamento urbano e deve refletir dez princípios, imprescindíveis para o planejamento da mobilidade, quais sejam: diminuir a necessidade de viagens motorizadas; repensar o desenho urbano, planejando o sistema viário como suporte da política de mobilidade; repensar a circulação de veículos, priorizando os meios não motorizados e

de transporte coletivo nos planos e projetos; desenvolver os meios não motorizados de transporte, como a bicicleta; reconhecer a importância do deslocamento dos pedestres; reduzir os impactos ambientais da mobilidade urbana; propiciar mobilidade às pessoas com deficiência e restrição de mobilidade para que tenham acesso à cidade e aos serviços urbanos; priorizar o transporte coletivo no sistema viário; promover a integração dos diversos modos de transporte e estruturar a gestão local.[6] (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007, p. 21-22)

Constata-se que há um largo caminho a percorrer objetivando a concretização da mudança paradigmática acima apontada, uma vez que o plano diretor de transporte e mobilidade urbana deve estar associado à política de desenvolvimento urbano no âmbito municipal; deve ser implementado por meio da gestão democrática e participativa de forma a dar legitimidade às decisões políticas; deve redimensionar qualquer política que objetive a prestação dos serviços de transporte urbano, tendo em vista que o transporte só pode ser entendido a partir da mobilidade urbana; deve priorizar a inclusão social e a acessibilidade universal e, portanto, não pode haver qualquer política de mobilidade urbana que não leve em consideração o paradigma do desenvolvimento sustentável em suas diversas dimensões. Segundo Sachs (2002, p. 71-72; 85-88), para a concretização do desenvolvimento sustentável, é necessário considerar simultaneamente as seguintes dimensões: sustentabilidade social, sustentabilidade econômica, sustentabilidade ecológica, sustentabilidade espacial, sustentabilidade cultural e sustentabilidade política[7].

---

[6] De acordo com o Caderno para a elaboração de Plano Diretor de Transporte e da Mobilidade – PlanMob: "A aplicação dos dez princípios fundamentais para a elaboração do PlanMob resultará em um sistema da mobilidade que passará a tratar de forma mais efetiva e eficaz os serviços e a infra-estrutura propriamente ditos, avançando em propostas para a melhoria do transporte coletivo, com a utilização dos modos adequados à demanda verificada (corredores de ônibus e sistemas sobre trilhos), sua integração física e tarifária, evitando deseconomias, propostas de intervenções urbanas, implantação e ampliação da rede cicloviária, vias para pedestres e acessibilidade para pessoas com deficiência, com metas de implantação, indicadores de resultados, dimensionamentos preliminares dos investimentos necessários e outras medidas de caráter mais operacional. A abordagem deve ser integrada e os temas serão tratados de acordo com as condições especificas de cada cidade" (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007, p. 25).

[7] Sachs (2007, p. 82-83), ao tratar da responsabilidade do Estado para a concretização de modelos de desenvolvimento sustentável, afirma: "Necessitamos de um Estado que promova essa compatibilização dos objetivos sociais, ambientais e econômicos em todos os níveis, e que promova isto com a geração de parcerias entre diferentes grupos de atores sociais que, assim, passam a ter uma atuação, um papel ativo na definição das estratégias de desenvolvimento e na sua negociação. O futuro está no desenvolvimento negociado entre os parceiros sociais.
Duas outras tarefas essenciais para esse Estado: primeiro, uma rede universal de serviços sociais que atue diretamente sobre o bem-estar dos cidadãos, como educação, saúde, saneamento, quem sabe moradia como direito (e, portanto, uma rede universal mais complicada devido aos investimentos requeridos); junto com isso, a tarefa de ser um Estado capaz de produzir conhecimentos necessários para o desenvolvimento."

A mobilidade urbana é "um atributo das cidades" relativo ao deslocamento de pessoas e bens no espaço urbano, utilizando-se para isso veículos, vias e toda a infra-estrutura urbana" (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2004. p. 13), e deve estar associada à política urbana, às diretrizes do planejamento urbano, expressa no Plano Diretor (art. 41, § 2º, da Lei 10. 157/2001).

Segundo o Ministério das Cidades,

> A mobilidade urbana é um atributo das cidades e se refere à facilidade de deslocamento de pessoas e bens no espaço urbano. Tais deslocamentos são feitos através de veículos, vias e toda a infra-estrutura (vias, calçadas, etc.). É o resultado da interação entre os deslocamentos de pessoas e bens com a cidade." (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007, p. 41)
> (...)
> A mobilidade urbana para a construção de cidades sustentáveis será então o produto de políticas que proporcionem o acesso amplo e democrático ao espaço urbano, priorizem os modos coletivos e não motorizados de transporte, eliminem ou reduzam a segregação espacial, contribuam para a inclusão social e favoreçam a sustentabilidade ambienta.l. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007, p. 42)

É preciso considerar que, de acordo com a Lei nº. 12.587/2012, a Política Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana só conseguirá a efetivação da acessibilidade universal se a mobilidade urbana for concebida como questão intrinsecamente relacionada à acessibilidade, isto é, se a política de mobilidade urbana tiver por meta a ampliação da acessibilidade.

Em outros termos, para o Ministério das Cidades,

> Uma política de mobilidade orientada para a acessibilidade deve combinar ações normativas com investimentos diretos no espaço urbano e nos equipamentos associados aos serviços de transporte.
> A ampliação da acessibilidade dentro de uma política de mobilidade urbana não pode ser vista de forma isolada, pois se trata de fomentar um amplo processo de humanização das cidades, a partir do respeito às necessidades de todas as pessoas usufruírem a vida urbana. As suas ações devem buscar a adequação dos ambientes naturais e construídos e dos sistemas de transporte público, por meio do aperfeiçoamento da legislação e da regulamentação locais, da orientação dos investimentos públicos e privados e da capacitação das equipes da administração pública e dos agentes privados envolvidos na produção da circulação, destinando recursos para a eliminação de situações indesejáveis e evitando que sejam criadas, diariamente, novas barreiras. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2007, p. 44).

Sobre a intrínseca relação entre acessibilidade e mobilidade, afirma Nonato (2013, p. 119-120, *mimeo*):

> De qualquer modo, qualquer política pública de gestão e desenvolvimento das cidades deve atentar para os dois conceitos, de vez que, ao mesmo tempo em que aparecem como distintos em termos de definições, na prática os dois 'caminham' juntos. Há estreitas relações entre mobilidade e acessibilidade, de modo que as necessidades de deslocamentos são intrínsecas às pessoas, mas estas precisam que lhes sejam garantidas as condições de acessibilidade. Desse modo, mobilidade e acessibilidade são conceitos que se complementam, pois a primeira pode ser compreendida como a facilidade de deslocamentos de pessoas e bens no interior de diferentes espaços, e acessibilidade como o acesso da população para realizar suas atividades e deslocamentos. Se as ruas da cidade apresentarem vias, bens, serviços, espaços públicos e coletivos, transportes, mobiliários, elementos e equipamentos urbanísticos totalmente desprovidos de mecanismos de acessibilidade para pessoas que apresentam alguma limitação de movimento a mobilidade, a mobilidade urbana não estará imbuída de valores e práticas sustentáveis e inclusivas.
>
> Vê-se, portanto, que a mobilidade urbana sustentável é gênero, do qual a acessibilidade física é espécie, de modo que a inexistência desta constitui fator determinante para a existência daquela.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de cidades justas, acessíveis e sustentáveis depende sobremaneira da atuação dos entes da Federação, uma vez que existe um conjunto normativo denso que consolida a ideia de que nenhuma cidade será sustentável se não promover a integração e a inclusão de todos seus habitantes, o que requer a adoção de políticas afirmativas e implementação de planos de desenvolvimento urbano que consigam coadunar os interesses de todos, sobretudo da população mais carente e vulnerável.

Pensar em cidade sustentável pressupõe o efetivo cumprimento do direito à cidade, isto é, a prestação de serviços essenciais a todos os seus habitantes nos espaços urbanos e rurais, serviços que devem considerar a mobilidade urbana como direito intrinsecamente relacionado à acessibilidade.

Essa visão multifacetada da ordem urbana, no que diz respeito ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, reclama, urgentemente, que o Ministério Público do Pará compatibilize seus planos e metas com as diretrizes e políticas nacionais, no que tange ao cumprimento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, do planejamento estratégico para mobilidade urbana e, por consequência,

para acessibilidade. Essa necessária e urgente adequação pressupõe que Promotorias de Justiça especializadas atuem conjuntamente, considerando eixos-temáticos e as dimensões transdisciplinares das referidas políticas públicas. Em outras palavras, o Ministério Público do Pará precisa pensar a questão urbana numa perspectiva complexa e transdisciplinar, o que requer a atuação conjunta de promotorias especializadas - consumidor, meio ambiente, habitação e urbanismo, idosos e deficientes.

Os direitos e valores intrínsecos às expressões "funções sociais da cidade" e "direito à cidade" demandam importante reconfiguração da atuação de promotorias especializadas para uma nova perspectiva que transforme a atuação do Ministério Público em eixos temáticos, tendo em vista a ampla proteção aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

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

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

BRASIL. *Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012*. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em: 23 nov. 2013.

BRASIL. Ministério das Cidades. Conselho das Cidades. *Resolução nº 34, de 1º de julho de 2005*. Disponível em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/ResolN34De01DeJulho2005.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2013.

_____. *PlanMob. Construindo a cidade sustentável*. Caderno de Referência para elaboração de Plano de Mobilidade Urbana, 2007.

_____. *Política nacional de mobilidade urbana sustentável*. Cadernos MCidades nº. 6. Brasília: Ministério das Cidades, 2004.

CARTA Mundial do Direito à Cidade. Disponível em: <http://5cidade.files.wordpress.com/2008/04/carta_mundial_direito_cidade.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2011.

CAVALCANTI, Clóvis. Política de governo para o desenvolvimento sustentável: uma introdução ao tema e a esta obra coletiva. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Meio*

ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas. São Paulo: Cortez: Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1997.

LEFEBVRE, Henri. *Espaço e política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

_____. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

NONATO, Domingos do Nascimento. *Acessibilidade arquitetônica, barreira atitudinal e suas interfaces com o processo de inclusão social das pessoas com deficiência*: ênfase nos municípios de Abaetetuba, Igarapé-Miri e Moju/PA (*mimeo*).

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002._____. Primeiras intervenções. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro; VIANNA, João Nildo (Orgs). *Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

_____. Outras intervenções. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro;

VIANNA, João Nildo (Orgs). *Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

SAULE JR. Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro*. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

UNESCO. *A UNESCO e as cidades: uma parceria*, 2008. http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001561/156108por.pdf, em 5 de março de 2011.

VARGAS, João Protásio Farias Domingues de Vargas. *Carta Européia de Garantia dos Direitos Humanos na Cidade*. Saint-Denis/França: tradução para o português do Brasil, 2000. http://www.protasiovargas.com.br/bdpv/tex/dhsaintdennis_carta.htm, em 5 de março de 2011.

O MODERNO PROCESSO PENAL, SUAS TRÊS VELOCIDADES E SEU MÉTODO INTERPRETATIVO

Edilson Mougenot Bonfim[1]

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 3 PROCESSO PENAL: UM INSTRUMENTO COMPROMETIDO COM VALORES CONSTITUCIONAIS. 4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O PROCESSO PENAL DE TRÊS VELOCIDADES. 5 A TERCEIRA VELOCIDADE DO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE. 6 FUNDAMENTO LEGAL E NATUREZA JURÍDICA. 7 A MODALIDADE "PROIBIÇÃO DE EXCESSO". 8 OS SUB-PRINCÍPIOS: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. 9 PROIBIÇÃO DE INFRAPROTEÇÃO OU PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE: A OUTRA VERTENTE DO PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE. 10 VIOLAÇÕES DO PRINCÍPIO EM ABSTRATO E EM CONCRETO. 11 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

A última palavra em processo penal nas modernas democracias chama-se *efetividade*[2]. Já não se busca um estudo processual "nada-mais-que-jurídico", como saber estéril, sem preocupar-se com suas repercussões no seio comunitário. Estruturada a "teoria da norma processual", decodificada a íntima fisiologia do processo por alentados estudos desenvolvidos nos dois lados do Atlântico, o estudo do processo penal hoje saiu da academia e seu tecnicismo, para ganhar dimensão social mais ampla, largo protagonismo, a ponto do "direito de ação" e "efetividade do processo" serem considerados pela moderna doutrina constitucional um verdadeiro *direito fundamental dos cidadãos*. Pergunta-se, assim, quais os mecanismos processuais a serem implementados, para que de fato, possa o processo penal ser *efetivo, eficaz,* para "dar a cada um o que é seu"? Reclama-se assim, a certeza da punição para o verdadeiro culpado, assim como

[1] Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo. Doutor em Processo Penal (Universidade Complutense de Madri). Professor convidado de Direito Penal e Processo Penal da graduação e mestrado da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (Universidade Aix-Marseille, França). Professor convidado do Curso de Especialização em direito penal da Escola Superior do MP/SP.

[2] MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Le procès pènal moderne: les trois vitesses et la méthode interpretative*, no prelo, *in Presses Universitaires d´Aix-Marseille- Faculté de Droit et de Science Politique,* 2007.

a absolvição para o comprovadamente inocente, buscando se minorar os "espaços de dúvidas" que ensejam grande número de absolvições, por "dúvidas" não solucionadas, ensejando no mais das vezes, o "erro judicial contemporâneo" qualificado de "erro judiciário negativo", que se caracteriza pela "absolvição de culpados" e, se fundamenta, no caso brasileiro, no art. 386, inc. VII, do CPP.

Nesse sentido, se empresta, hoje, à ciência processualística tradicional a mesma crítica que se faz à ciência do direito na "linha Jellinek-Kelsen", ou seja, a de ser reduzida à dimensão positivista-analítica, não havendo uma clara finalidade em sua fisiologia, reduzindo o direito a um inumano normativismo, levado a uma "rua sem saída, sem fim nem objetivo"[3]. Daí o questionamento de Heller, sobre haver um extravio de duas gerações de nossa ciência do Estado, que cria uma ciência jurídica asséptica a outros valores, tentando alhear da visão jurisdicional todos os problemas sociológicos e éticos da vida do Estado"[4]. Destarte, os fins do processo, os questionamentos face aos direitos fundamentais enfrentados pela utilização dos meios investigativos e probatórios, a dialética no jogo processual do binômio acusado-vítima, enfim, *o jus puniendi* como exercício do poder-dever jurisdicional, aporta à ciência do processo penal desafios mais além do que a análise do seu puro normativismo, adentrando no terreno ético e filosófico, tudo permeado pelo balizamento jurídico ínsito à moderna teoria constitucional.

2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

É o apogeu do chamado *princípio da segurança jurídica,* que promete um processo penal assegurador do respeito às formalidades previamente descritas em lei e perseguidor da verdade material ou fática. O primeiro momento, a estruturação e obediência às formalidades legais é instrumento para consecução do segundo e inafastável fim: a efetiva prestação jurisdicional.

Daí, uma necessária conclusão: é afirmativa recorrente que o modelo clássico de processo penal, nascido na razão iluminista, emergindo com a Revolução Francesa, pleno de garantias processuais, hoje se vê em crise, desafiado pela criminalidade hodierna5. Nesse sentido, o modelo tradicional do criminoso e de crime, que ensejou um processo penal acusatório, que tem no princípio *in dubio pro reo* a mais emblemática de suas garantias, se vê hoje posto a prova frente à nova e macro-criminalidade, dando azo à corajosa observação de Winfried Hassemer de que o clássico princípio *in dubio pro*

[3] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, versão española: Ernesto Garzón Valdés e Ruth Zimmerling, Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, março, 2001, p. 43.

[4] Id. Ibid., p. cit.

[5] MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Direito Penal da Sociedade*. São Paulo, 1998, Ed. Oliveira Mendes, 2ª. Ed..

reo, se atravessa no combate a criminalidade mais emblematicamente contemporânea6, com isso, estabelecendo uma polêmica constatação e um revelador desafio da constante tensão processual: as garantias e princípios do direito em favor da proteção dos cidadãos, e os mesmos, como obstáculos da efetividade do processo. Donde, o questionamento: o processo não é para a aplicação do direito penal? Mas, sendo assim, que valor deve preponderar e quais são os limites de ambos? A busca da justiça quando quebrantada a ordem legal – como garantia constitucional – ou a preservação do *status libertatis* dos acusados, enquanto não sejam declarados culpados?

3 PROCESSO PENAL: UM INSTRUMENTO COMPROMETIDO COM VALORES CONSTITUCIONAIS

A partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível que se revisem seus institutos fundamentais, a fim de ajustá-los a essa nova visão, não podendo ser visto como um simples instrumento a serviço do ordenamento jurídico formalmente garantidor dos direitos, mas sobre tudo e, especialmente, como um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado[7], tornando eficaz uma aplicação do direito penal para a proteção efetiva "de todos os membros da sociedade", nas palavras de Mir Puig[8].

Destarte, o crescimento expressivo das organizações criminosas, com todas suas múltiplas variantes e intersecções, tais como, a corrupção, a lavagem de dinheiro, o tráfico de drogas, o tráfico de mulheres, etc., propõe uma discussão tal, de forma que o processo penal moderno possa ser instrumento eficiente em investigar e punir os reais culpados. Assim, o desafio é, como fazê-lo eficaz, sem o retrocesso a um "processo penal

---

[6] HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal,* tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos, Edição Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Rio Grande de Sul, Brasil, 1993. Neste sentido, depois de dizer que o princípio do in dubio pro reo necessita ser "repensado" (p. 56, cit.), volta a sua análise concluindo enfaticamente: "*O in dubio pro reo* não funciona com a moderna criminalidade. Se esperamos até não ter dúvida, o problema da criminalidade internacional ficará insolúvel. Necessitamos de uma intervenção oportuna, de saber oportunamente o que tenha passado, no momento correto. Necessitamos poder intervir nestes campos. Pensem no caso das armas de guerra, pensem no comércio e contrabando de material radioativo. Necessitamos poder intervir, ainda que tenhamos dúvidas. Minha tese é que o tradicional princípio *in dubio pro reo* atravessa-se no caminho da moderna criminalidade", cit., p. 94.

[7] ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos et allis, Teoria Geral do Processo, cit., p. 45.

[8] Após fazer advertências sobre o risco de "deixar de lado as garantias próprias do Estado de Direito", no afã de combater a criminalidade valendo-se de seu *jus puniendi*, escreve MIR PUIG, Santiago, como tarefa do Estado: "O direito penal de um Estado social e democrático não pode, pois, renunciar à missão de incidência ativa na luta contra a delinqüência, mas que deve conduzi-la por e para os cidadãos. Isso poderia concretizar-se do seguinte modo: 1. O direito penal de um Estado social e democrático deve assegurar a proteção efetiva de todos os membros da sociedade pelo que deve realizar a prevenção de delitos (Estado social), entendidos como aqueles comportamentos que os cidadãos estimem danosos para seus bens jurídicos...", em *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona,* 1994, p. 37.

sem garantias" e de triste memória? Como tê-lo, efetivamente a serviço da sociedade, e não um instrumento anódino, sem força, um "processo de papel", verdadeiro "processo penal light", sem força punitiva ou eficácia investigativa e probatória, a ponto de tornar-se um caro joguete nas mãos inábeis do Estado, e para o qual as organizações criminosas devotam apenas escárnio, desprezo e sorriso?

4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O PROCESSO PENAL DE TRÊS VELOCIDADES

Nesse diapasão, o atual momento da sociedade – pós-moderna, de risco ou pós-industrial, na nomenclatura de sociólogos e filósofos- com o incremento de uma espécie de criminalidade veloz, audaz e imprevisível, obriga a repensar o "engessamento clássico" do processo penal, a ponto de aparelhá-lo com um método de interpretação que o habilite a "ponderar" em cada caso concreto os interesses em jogo, possibilitando-lhe sopesar os direitos do acusado –dependendo do crime a que esteja respondendo- com o poder-dever do Estado em dar segurança pública e fazer justiça penal, adequando o processo ao tipo do crime que se investiga, para que o instrumento esteja apto ao benefício social a que se propõe. Como se fala na criminologia de uma tipologia de criminosos e no direito penal de uma variação de sanções possíveis, fala-se hoje de uma variação dos modelos de procedimentos penais.

Assim, uma moderna nomenclatura do processo penal alude a um "processo penal de três velocidades"[9] ou em outras palavras, formas procedimentais que trabalham em perspectivas diversas, inerentes ao tipo de crime que visam investigar e coibir:

a) *O processo penal de primeira velocidade* é o modelo tradicional, nascido com a revolução francesa, às margens do qual nasceram os modelos procedimentais romano-germânicos. Caracteriza-se pela inflexibilidade e plenitude dos princípios e garantias *pro reo.* O modelo punitivo proposto é representado pela constrição da liberdade (prisão). Eis aí, desenhado, o processo penal clássico: as garantias processuais são maximizadas e a pena restritiva de liberdade, como pena corporal, emblematizada pelo cárcere. Tal modelo vem, paulatinamente, sendo superado pela aceitação de que existe um grande número de infrações penais cuja resposta punitiva do Estado não poderia ser a "prisão", mas alguma espécie de "pedagogia corretiva" ou "penas alternativas" a ela;

b) *O processo penal de segunda velocidade*, caracteriza-se pela flexibilização das garantias processuais e a aplicação de uma pena alternativa à prisão. Nesse sentido, entra em jogo a possibilidade dos "acordos" entre a acusação e o acusado, em que o próprio dogma da culpabilidade é rompido –já não se pergunta se o acusado é culpado ou inocente, mas se aceita ou não uma punição-menor, para que se suspenda o processo e qualquer ameaça

[9] Por todos, vd. JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª. Ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001.

de uma pena maior. Em infrações menores, nesse caso, o rito e a verdade cedem a favor da celeridade e da efetividade.

c) *O processo penal de terceira velocidade*, ao contrário, caracteriza-se pela flexibilização das garantias processuais do acusado e ao mesmo tempo trabalha com a ameaça de uma pena de prisão. Combina os dois modelos previamente descritos. Porém, destina-se às infrações penais mais expressivas, ou seja, aquelas que colocam diretamente em risco as condições existenciais da vida em sociedade: crime organizado, terrorismo, etc. O processo traduz mais amplamente uma garantia *pro societatis,* mais adiante que mera garantia *pro reo.* Assim, flexibilizam-se os meios de produção de prova e alargam-se os mecanismos investigatórios. A prisão como sanção também pode ser longa, antecipando-se, quando o caso, pelas chamadas "prisões temporárias e preventivas", utilizadas com mais freqüência que no primeiro modelo ("a") e desconhecida no modelo "b".

5 A TERCEIRA VELOCIDADE DO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Lembremo-nos que em todo o processo penal temos uma constante dialética de direitos fundamentais: de um lado, o direito fundamental à liberdade do indivíduo, de outro, o direito fundamental à segurança; de um lado, o direito de personalidade (direito à honra) protegido diante de um direito de liberdade de expressão. Nesse sentido, a eficácia processual plena, esbarra em um primeiro momento na necessidade que o Estado tem em respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, o que lhe impede de investigar de todas as formas possíveis – há limites ao seu poder investigativo-, de provar de todas as maneiras possíveis –há limites ao seu poder probatório-, ou seja, o processo penal obedece ao previamente descrito na lei, portanto, a um *due process of Law* ao qual o Estado deve respeitar.

Em última instância, no Estado de Direito, o exercício do poder estatal é limitado pela existência do direito. Assim, "só o poder cria o direito", ensina Bobbio, "e só o direito limita o poder"[10].

Foi precisamente para se solucionar o impasse criado nas democracias, de respeitar-se os direitos fundamentais –um justo processo e sua efetividade *pro societatis*- que surgiu o "princípio da proporcionalidade", consagrado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, dando-se, igualmente, sua progressiva difusão na jurisprudência do direito processual de muitos países, sendo indubitavelmente uma das maiores inovações de nossa cultura jurídica[11], é dizer, uma das principais

[10] Bobbio, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.* Trad. Marco Aurélio Garcia. Ed. Paz e Terra. 6ª. Ed., São Paulo, 1997, p. 156-157

[11] GUINCHARD, Serge et allis. *Droit processuel, droit comum et droit comparé du procès*. Paris, 2ª ed., Dalloz, 2003, p. 995.

contribuições ao Direito desde a Segunda Guerra Mundial[12], data aproximada do início de sua concepção.

Considerado um verdadeiro *princípio architettonico*[13] do sistema é de análise complexa, já que ainda não tem um lugar comum na dogmática processual ou no direito positivo14, e para uma compreensão de sua utilidade e *status* jurídico, necessita ser estudado desde suas bases, até chegar às conseqüências práticas na jurisprudência. Nesse sentido, entendemos que falar do princípio da proporcionalidade em sede de processo penal, é falar primeiro e necessariamente do Direito, que se funde e se confunde com o conceito de justiça, posto que a própria idéia, centralmente, seja do direito, seja da justiça, desde suas origens, já *per si* aporta alguma idéia de proporcionalidade.

6 FUNDAMENTO LEGAL E NATUREZA JURÍDICA

Doutrinariamente, como já expusemos em nosso "Código de Processo Penal Anotado"[15], discute-se sua topografia constitucional, parecendo-nos correto o entendimento de que lastreia-se no art. 1º, caput, da CF, como fórmula política do "Estado Democrático de Direito"[16]. Discute-se, por outro lado, também a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, ou seja, sua validade como verdadeiro "princípio", no sentido de ser uma norma-princípio de necessária aplicação. Aduz-se, contudo, não ser apenas um "princípio", tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um "princípio dos princípios", ou um "superprincípio", porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios — metáfora da colisão de princípios — e do balanço dos valores em oposição (ex.: tutela da intimidade em oposição à proteção da segurança pública), não se flexibilizando, configurando-se assim em um princípio absoluto. É nossa posição[17]. Assim, em caso de conflito de princípios funciona como método hermenêutico para dizer qual deles e de que forma prevalece sobre o outro princípio antagônico. Argumenta-se, dessa forma, ser o princípio da proporcionalidade, na verdade, um "princípio hermenêutico", uma nova categoria, próxima ou análoga a um verdadeiro método de interpretação jurídico

[12] Cf. WAHL, citado por KLUTH, Winfried, *Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán,* em *Cuadernos de Derecho Público,* número 5, 1988, p. 220, nota 3; BEILFUSS, Markus González, *El principio de proporcionalidad,* cit., p. 18.

[13] D'ANDREA, L, *Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema,* en *La Ragionevolezza nel Diritto*, La Torre Massimo y Spadaro Antonino (a cura di), Torino, L. Giappicheli editore, 2002.

[14] MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Curso de Processo Penal.* Ed. Saraiva, 9ª. Ed., São Paulo, 2014.

[15] MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Código de Processo Penal Anotado.* Saraiva, 4ª. Ed., 2012.

[16] Posição de Gilmar FERREIRA MENDES, *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras.* Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo, 14, 2000, p. 361-72.

[17] Vd., ob. cit., e, igualmente, o nosso, Curso de Processo Penal, Saraiva, 9ª. Ed., 2014.

posto em prática sempre que houver a necessidade de restringir direitos fundamentais. Objetiva ser uma *restrição às restrições* dos direitos fundamentais por parte do Estado. Como o processo penal constantemente necessita contrabalançar valores e princípios que rotineiramente se opõem (ex.: o direito à liberdade do indivíduo e o dever do Estado de punir o culpado), o princípio da proporcionalidade tem grande e variada aplicação no processo penal, ainda que parte da doutrina e da jurisprudência resistam em aceitá-lo.

7 A MODALIDADE "PROIBIÇÃO DE EXCESSO"

Em um *primeiro aspecto*, sua concretização implica a proibição de que o Estado, ao agir, tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique, em sua atividade, qualquer excesso. Assim, o princípio da proporcionalidade é também conhecido como princípio da "proibição do excesso" (do alemão, de onde se origina, literalmente, Übermassverbot), na medida em que, a pretexto de combater infrações penais, sejam cometidos excessos na restrição aos direitos fundamentais. É preciso, portanto, moderação, a par de justificada necessidade. Dessa forma, o modo de restringir tais direitos fundamentais deverá ser aquele do princípio da proporcionalidade, possibilitando assim, através de seu método, um controle intersubjetivo das ações do juiz-Estado ou de qualquer órgão estatal incumbido da aplicação do direito. Nesse sentido, seu conteúdo aproxima-se ao do princípio do devido processo legal, no sentido material.

8 OS SUB-PRINCÍPIOS: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A atuação do Estado, portanto, deve ser proporcional, mas uma proporcionalidade, insista-se, obtida através de um método científico. A proporcionalidade, assim, consubstancia-se em três subprincípios, que devem ser concomitante ou sucessivamente atendidos: adequação, necessidade e "proporcionalidade em sentido estrito"[18].

A adequação consubstancia-se em medida apta a alcançar o objetivo visado. É uma relação de meio e fim. Assim, por exemplo, decreta-se a prisão preventiva para com isso impedir o réu de turbar a instrução penal ("conveniência da instrução criminal"). *A necessidade — ou exigibilidade — impõe que a medida adotada represente gravame menos relevante do que o interesse que se visa tutelar* (ou seja, resulte numa relação custo/benefício que se revele benéfica). Seguindo nosso exemplo, a prisão preventiva, portanto, será decretada quando não tivermos outro meio menos gravoso para a preservação de determinado interesse. E *"proporcionalidade em sentido estrito", quando se faz um balanço entre os bens ou valores em conflito, promovendo-se a opção*. A proporcionalidade pauta-se, portanto, pelos dois elementos inicialmente expostos (ou sub-princípios), impondo-se por fim uma ponderação entre os interesses em jogo, de modo que seja possível reconhecer como justificada a medida. A implementação desse princípio relaciona-se ao reconhecimento da prevalência de um

[18] MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Curso de Processo Penal.*

interesse sobre o outro, de modo que é comum adotar, para justificar como proporcional um ato, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, reconhecido aquele como o de maior valor ou importância.

Por exemplo, no Brasil, tem-se admitido como meio de prova a gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem a autorização do outro, com fundamento no princípio da proporcionalidade, quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, isto é, suspeita da prática de infração penal. O princípio da proporcionalidade, atenuou assim a vedação constitucional que trata do tema das "provas ilícitas".

Note-se, assim, que um dos grandes campos de aplicação desse *princípio é no terreno da valoração da prova*. De acordo com os critérios (subprincípios) que constituem o princípio da proporcionalidade (adequação e necessidade), julga-se a admissibilidade ou não de determinados meios de prova, mitigando, assim, diante do que estritamente requerer cada caso, as vedações às provas obtidas por meios ilícitos e das provas ilícitas por derivação, com o filtro final da "proporcionalidade em sentido estrito".

9 PROIBIÇÃO DE INFRAPROTEÇÃO OU PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE: A OUTRA VERTENTE DO PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE

Por fim, a outra modalidade do princípio de proporcionalidade — esta ainda bastante desconhecida pela doutrina e jurisprudência — é a da "proibição da proteção deficiente"[19] ou princípio da proibição da infraproteção (*Untermassverbot,* dos alemães), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível. Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) — a chamada "proteção vertical", na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizado, portanto, de "cima para baixo") — mas também uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros — "proteção horizontal" —, no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor "segurança", garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor "justiça", assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo "princípio da proibição da infraproteção", toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade.

Note-se que ambas as modalidades do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) se aplicam não somente à criação da lei

[19] MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Curso de Processo Penal,* cit.; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *El principio de proporcionalidad en el proceso penal: España y Brasil.* Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005.

processual (dirigindo o princípio ao Poder Legislativo), mas também à aplicação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Judiciário). Uma das conseqüências, a nosso sentir, da violação do princípio da proporcionalidade em qualquer de suas vertentes é a possibilidade, não somente por parte do prejudicado, de sustentar a *nulidade do ato judicial* (ou *inconstitucionalidade da lei aprovada pelo Legislativo*) viciado por meio de recursos ordinários, como através de recursos –adequáveis em razão de cada legislação particular em concreto- chegar-se à apreciação da constitucionalidade do ato junto à *Cour de Cassation*.

10 VIOLAÇÕES DO PRINCÍPIO EM ABSTRATO E EM CONCRETO

Imaginemos uma hipótese de violação do princípio da proporcionalidade *in abstracto*. Assim, se o Poder Legislativo aprovasse uma lei e esta, sancionada, criasse tão grande número de recursos processuais penais que, na prática, tornasse inviável a aplicação do direito penal, tal lei seria inconstitucional por violação do princípio de "proibição de infraproteção". Isso seria passível de demonstração empírica, ou seja, somando a quantidade dos recursos possíveis, computando os prazos processuais, o tempo de tramitação etc., demonstrando-se que, ao final, o agente não seria punido, em face de certeira prescrição ou outra causa de extinção de sua punibilidade. Da mesma forma, por exemplo, se nova lei processual penal suprimisse as hipóteses de "prisão preventiva" tendentes à garantia da ordem pública ou conveniência da instrução criminal. Destarte, não se poderia aceitar uma legislação processual que retirasse a proteção do cidadão ameaçado, por exemplo, por ser testemunha em um processo penal, e cuja garantia para tanto repousaria precipuamente na força e na possibilidade de custódia preventiva contra aquele que o ameaçava. Tal lei, se existente, constituiria flagrante violação do princípio de proporcionalidade na modalidade "proibição de infraproteção", tornando-se inconstitucional, porquanto, a despeito da independência do Parlamento e do "princípio de presunção da constitucionalidade das leis", tal lei "destutelaria" completamente os cidadãos, violando a Constituição Federal, que obriga o Estado à proteção de determinados bens e valores fundamentais.

Da mesma forma, um ato ou decisão judicial, para adequar-se em perfeita *tipicidade processual constitucional*, deve sempre atender ao "princípio da proibição de excesso" e ao "princípio da proibição de infraproteção", pena de nulidade. Destarte, uma indevida prisão preventiva (violadora do princípio da dignidade humana, da liberdade, do estado de inocência), uma escuta telefônica sem razão de ser (violadora do princípio da dignidade humana, da intimidade etc.) violariam o princípio de proibição de excesso *in concrecto,* acarretando a nulidade do ato processual. A rigor e conforme o compreendemos, tanto padecem de nulidade as decisões que violem um ou outro dos aspectos do princípio, ou seja, a "proibição de excesso" ou a "proibição de infraproteção".

11 CONCLUSÃO

Conscientes da oposição entre o voluntarismo naïf e a insolubilidade do princípio da segurança jurídica em toda sua ampla dimensão, como da natural dificuldade de harmonização entre as liberdades e garantias individuais frente ao reclamo de segurança pública, em um balanço *ex parte individui* e *ex parte societatis* – sem que isso signifique uma perpétua supremacia do interesse público sobre o particular –, o que visamos é clarear um problema que tem o Supremo Tribunal Federal no Brasil como "última barreira" (*Schranken-Schranke*, dizem os alemães), "limite dos limites" da "tutela" ou "proteção" dos direitos e garantias individuais de todos os cidadãos – transposto "o primeiro baluarte" (juizes ordinários) da garantia jurisdicional dos direitos, e mais especialmente, no que se refere a sua aplicação na lei. Dito de outro modo: é a partir dele, interpretando o moderno direito processual penal sob o princípio da proporcionalidade, que se poderá contribuir, como instância formal de controle da ordem pública, a uma maior efetividade do processo penal, observando desde a elaboração da lei até sua aplicação, pois, da vigência do princípio da proporcionalidade, se "deduzem férteis conseqüências praticas".

Compreendemos assim, que as diferentes *velocidades* do processo penal, podem ser compreendidas juridicamente e, assim, respaldadas, desde que se sujeitem a um controle intersubjetivo das criações legislativas e decisões jurisdicionais, para o qual defendemos como método interpretativo o princípio da proporcionalidade.

Restaria, por fim, a inevitável pergunta: qual seria o direito, a garantia, princípio, ou valor mais importante, para referido método interpretativo? Respondemos sem hesitar: O caso concreto apontará a preferência de valores; vale dizer, no Estado Democrático de Direito inexiste uma tabela a *priori* de valores, genérica, abstrata, na qual se estabeleça qual deles possa invariavelmente preponderar sobre os demais; é verdade, existem consensos verdadeiramente tradicionais (a vida, por exemplo, prepondera sobre outros valores; o princípio da dignidade humana é o grande princípio do Estado de Direito etc.); contudo, tecnicamente falamos de uma "tabela móvel de valores" (Guastini[20]), porquanto no caso "x" pode o princípio "y" ser acolhido em detrimento do princípio "z", e no caso "x2" pode o princípio "y" ter de ceder passo, dando preferência ao princípio "z". A concretude do caso, suas especificidades, ditarão a preferência, balizada pela aplicação metodológica do princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios. Isso se deve à visão contemporânea de que a Constituição é um "sistema aberto" de regras e princípios, isto é, sofre o sistema normativo a constante influência de elementos externos, tais como valores culturais, econômicos e sociais, que são extremamente dinâmicos e variáveis.[21]

---

[20] GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.* Trad. Esp. J. Ferrer, Barcelona: Gedisa, 1999, p. 32 et s.

[21] GIMENO SENDRA, cfr. VADILLO, Enrique Ruiz, *El Derecho Penal Sustantivo y el Proceso Penal. Garantías Constitucionales Básicas en la Realización de la Justicia*. Madrid, Editorial Colex, 1997, p.113.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Versão española: Ernesto Garzón Valdés; Ruth Zimmerling. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. et al. *Teoria Geral do Processo.*[S.l.: s.n], [2014?].

BEILFUSS, Markus González. *El principio de proporcionalidad.*[S.l.: s.n], [2003?].

D'ANDREA, L, I*l principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema, en La Ragionevolezza nel Diritto,* La Torre Massimo y Spadaro Antonino (a cura di), Torino, L. Giappicheli editore, 2002.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.* Tradução: Esp. J. Ferrer. Barcelona: Gedisa, 1999.

GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel, droit comum et droit comparé du procès.*2. ed. Paris: Dalloz, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Pena.* Tradução: Carlos Eduardo Vasconcelos. [Porto alegre, RS]: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Rio Grande de Sul, 1993.

KLUTH, Winfried, *Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemá.* Cuadernos de Derecho Público.[S.l.: s.n], n. 5, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo, n. 14, p. 361-372, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho,* Barcelona, 1994.

MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Código de Processo Penal Anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de Processo Penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito Penal da Sociedade*. 2. ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

_____. *El principio de proporcionalidad en el proceso penal:* España y Brasil. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2005.

_____. *Le procès pènal moderne:* les trois vitesses et la méthode interpretative. In Presses Universitaires d´Aix-Marseille- Faculté de Droit et de Science Politique,[S.l], 2007. No prelo.

NORBERTO, Bobbio. *O futuro da democracia:* uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Garcia. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

VADILLO, Enrique Ruiz. *El Derecho Penal Sustantivo y el Proceso Pena*. Garantías Constitucionales Básicas en la Realización de la Justicia. Madrid: Editorial Colex, 1997.

DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E A RESERVA LEGAL FIXADA PELO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO

Elísio Augusto Velloso Bastos[1]
Danielle Fonseca Silva[2]

RESUMO: Este artigo baseia-se na necessidade de se analisar cuidadosamente as medidas de proteção ambiental, sempre sob o manto dos Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição Federal. O Estado Democrático de Direito tem o dever de assegurar aos cidadãos os direitos fundamentais por meios positivos e negativos. Nesse caso, é necessário considerar o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, sobretudo em relação à definição e alcance da Reserva Legal, estabelecida pelo Código Florestal Brasileiro, através da análise dos estágios do Princípio da Proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Vedação da Proteção Deficiente, Reserva Legal, Código Florestal Brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a Proporcionalidade, como Princípio, com seus desdobramentos, de acordo com a figura da Reserva Legal no seu atual posicionamento trazido pela Lei Federal nº. 12.651/2012, conhecido como Novo Código Florestal.

Em um primeiro momento, situa-se a normatividade dos direitos fundamentais, explanando acerca das Regras e Princípios sobre as teorias trazidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, até chegar a ideia de colisão de princípios e sua solução.

Em seguida, com o Princípio da Proporcionalidade, a diagramação de seu conceito e origem, há a verificação dos seus estágios, em que se identifica cinco deles com suas respectivas caracterizações. Apresenta-se então, outra vertente deste princípio, conhecido como o Princípio da Vedação da Proteção Deficiente.

[1] Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Graduação e do Mestrado e Membro do Grupo Docente Estruturante do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Advogado. Procurador do Estado do Pará.

[2] Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA. Especialista em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial - LFG. Advogada.

Em um terceiro ponto, fala-se do Principio da Vedação ao Retrocesso juntamente com a ideia de Proteção Ambiental InSuficiente, com uma abordagem refletida no Princípio da Vedação a Proteção Deficiente.

Posteriormente, se verifica a instituição da Reserva Legal no Novo Código Florestal juntamente com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 4901, evidenciando os pontos de discussão de possível confronto com a Constituição da República de 1988.

E por fim, faz-se uma análise dos estágios do Princípio da Proporcionalidade com os dispositivos trazidos pelo Novo Código Florestal acerca da Reserva Legal, verificando se os mesmos são atendidos de acordo com a proposta objetivada evidenciada pela legislação em comento.

2 A NORMATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A figura da Constituição concebida com instrumento eivado de carga valorativa foi assim evidenciada a partir do Caso Lüth[3], que marca o início de uma nova concepção no que pertine à hermenêutica dos Direitos Fundamentais e, portanto, constitucional.

A ideia de uma Constituição valorativa espelhava-se em um ideal normativo como uma ordem objetiva de valores a ser perseguida para a realização do Estado Social, sendo este entendido como aquele em que se busca ir além de suas funções de proteção e repressão da sociedade, como o poder de polícia, mas exercitava uma conduta promocional de controle da sociedade, com a preocupação de alcançar metas sociais e não meramente econômicos, como seria no Estado Liberal (CAPPELLETTI, 1999, p. 40 a 41).

E para conseguir alcançar essas metas sociais, necessária se fez uma força normativa suficientemente capaz de influenciar o meio a ser aplicado, ao ponto de mudar a realidade determinada, e esta seria exercitada então, por meio da Constituição, considerada como norma fundamental a ser seguida, e ainda, como uma ordem objetiva de valores.

Assim, no entendimento de Hesse (1991), a Constituição está condicionada à sua realidade histórica, em que sua interpretação não pode ser dissociada desta e assim, a

[3] Neste caso, o Tribunal Constitucional Federal Alemão fixou as seguintes diretrizes, até hoje presentes e marcantes: **a)** as normas que consagram Direitos Fundamentais se distinguiriam, em essência, das outras normas do ordenamento jurídico; **b)** as normas que consagram Direitos Fundamentais teriam o chamado efeito irradiador; **c)** os direitos fundamentais não revelariam, apenas, uma garantia de direitos de defesa do cidadão contra o estado; **d)** os direitos fundamentais, portanto, deveriam ser aplicados nas relações entre particulares; **e)** Os conflitos entre normas que consagram Direitos Fundamentais devem ser solucionados por um método diferente, a ponderação, do utilizado para solucionar conflitos entre normas-regra, a subsunção. A ponderação possibilitaria uma relação de precedência, porém, condicionada: ao julgar-se um caso, devem ser fixadas as condições sob as quais um princípio precede sobre outro. Sobre outras condições, a precedência pode ser invertida. Veja-se SILVA (2005, p. 42) e ALEXY **(**2011. p. 915 a 920).

Constituição ordenaria e se conformaria segundo os parâmetros sociais e políticos nela vigentes, como expressão de sua força normativa.

A decisão proferida no Caso Lüth consagrou a existência do chamado efeito irradiador, tendo em vista que, ao identificar uma ordem objetiva de valores representada nos Direitos Fundamentais, difundiu-os para todo o ordenamento jurídico.

Pretendeu-se, então, que os Direitos Fundamentais se transformassem em uma espécie de barra de contenção da atividade dos Poderes presentes na sociedade, inclusive o Estatal, o qual deveria respeitar os comandos impostos por tal ordem objetiva de valores e, assim, estabelecer uma transcendência das projeções individuais, passando a compor a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático (BRANCO, 2009, p. 63).

Neste sentido, importa ressaltar algumas considerações acerca da estrutura normativa dos Direitos Fundamentais a partir da divisão entre Regras e Princípios, vez que se pretende analisar, dentre eles, em consonância com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em que se consta a figura da reserva legal no contexto trazido pelo Novo Código Florestal.

2.1 Regras e Princípios

De acordo com Dworkin (2011), o direito de uma comunidade pode ser entendido como um conjunto de regras especiais as quais determinam qual comportamento será punido ou evitado pelo poder público sendo que, para o positivismo jurídico, esse conjunto coincide com o direito, e caso ocorra uma situação em que o agente não esteja sob o comando de determinada regra, não seria possível decidir o caso com a aplicação do direito, então.

Com a intenção de demonstrar uma justificação de modo racional para o que os juízes realizem quando, mesmo diante de normas obscuras sobre o que o direito traz ou mesmo quando não há qualquer norma existente acerca de determinado caso, aplicam o direito, Dworkin (2011, p. 27) entende que os juízes se utilizam de outros padrões normativos, que não seriam as regras, e sim, os princípios.

Assim, para Dworkin (2011, p. 36,) princípios seriam todos os tipos de padrões normativos que não são regras, sendo que a primeira diferença entre ambos é de natureza lógica, visto que divergem quanto as orientações que oferecerem; a aplicação das regras seria na questão do tudo ou nada.

Uma segunda diferença, está na dimensão de peso ou importância que os princípios tem, em relação as regras, que são perceptíveis em caso de colisão, em que se utiliza para, em cada caso, verificar o quão importante é o princípio.

Diferentemente, o que ocorre no caso de conflito de regras, em que se verifica qual é a mais importante, em que a de **O**rdem superior, engloba a de inferior, ou seja, há uma subsunção da norma.

No caso concreto, as regras em conflito resultarão na aplicação de uma enquanto que a outra será considerada inválida, de acordo com considerações que estão além destas, como a ideia de que aplicação deve ser de uma mais específica ou de maior hierarquia, por exemplo.

Alexy (2008), por sua vez, intensifica as distinções entre regras e princípios e defende que estes últimos são mandamentos de otimização, o qual não só forneceria uma direção de fundamentação para uma decisão, mas também uma ordem na qual algo seja realizado na maior medida possível, respeitando as limitações fáticas e jurídicas do caso.

Neste sentido, Alexy (2008, p. 116) defende que as razões trazidas pelos princípios em determinada decisão diferentemente das regras, não são definitivas, absolutas, vez que elas poderiam ser afastadas tendo em vista a existência de razões contrárias. Já as regras, e seguindo a mesma linha de Dworkin, possuem um caráter definitivo já que seu conteúdo traria a medida exata de sua exigência e, devido a isto, se diz que a diferença entre estes seria de ordem qualitativa, o que ficaria evidente em caso de conflito entre regras e conflitos entre princípios.

Para o conflito entre regras, este se resolveria de duas maneiras: inserindo uma cláusula de exceção em uma das regras, em que afastaria o conflito e se instalaria a harmonia abstratamente ou se declararia a invalidade de uma delas. Assim, também estaria presente a figura da aplicação do tudo ou nada, para as regras, não sendo possível, portanto, que duas regras, por exemplo, poderiam ser aplicadas indistintamente na mesma hipótese fática, e que estas promovessem resultados contraditórios.

Diferentemente do que ocorre com as regras, os princípios possuem uma dimensão de peso, o qual deve ser levando em consideração em caso de conflito.

Se sobre o mesmo contexto factual incidirem dois princípios, em que cada um implicaria em um resultado de aplicação diferente, dever-se-ia realizar a ponderação entre eles, no intuito de evidenciar qual deles possui a precedência no caso concreto, afastando, assim, aquele de menor peso, em que o intérprete leva em consideração a força relativa contida no princípio em conflito.

Desta forma, chega-se ao princípio a ser aplicado, enquanto que o outro, somente sofreu afastamento e não invalidade, como aconteceria em caso de regra, ao passo que, em outro caso concreto, este princípio pode ser considerado o de maior peso e, por consequência, ser o aplicado.

Prossegue Alexy (2008, p. 99) afirmando que "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência", o que demonstra a necessidade de análise de identificar qual princípio, em conflito, possuiria essa precedência através de um juízo de proporcionalidade.

Dito isso, verifica-se então, retornando aos primeiros delineamentos expostos, que a Constituição carrega consigo uma carga valorativa e esta se corporifica nos Direitos

Fundamentais os quais, seriam portadores de um acentuado grau de força normativa, expressando valores básicos que subjazem os mais variados interesses e aspirações dos indivíduos e grupo social.

E ainda, por possuírem o mesmo grau hierárquico e permanecerem no mesmo patamar normativo, os Direitos Fundamentais não se sobrepõem, então, em caso de colisão entre eles, se utiliza a ponderação, corporificada através da proporcionalidade.

3 A COLISÃO COMO MEIO LEGÍTIMO A AUTORIZAR A IMPOSIÇÃO DE LIMITES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já se sabe, a própria ordem constitucional ou Direitos Fundamentais de terceiros, poderão ensejar limites aos Direitos Fundamentais. É o campo de estudo do que a doutrina chama por Direito Constitucional de Colisão.

Na verdade, a imposição de limites a Direitos Fundamentais decorrente de conflito entre tais Direitos e é algo incrível e naturalmente corriqueiro, considerando que, como alerta Villey (2007, p. 8) cada um dos direitos humanos "é a negação de outros direitos humanos", prosseguindo em aguda e contundente observação acerca da natureza flexível, modular e contraditória ínsita à noção de Direitos Humanos:

> Ó medicamento admirável – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu. (...)
> Ferramenta de mil usos. Usaram-na em proveito das classes operárias ou da burguesia – dos malfeitores contra os juízes – das vítimas contra os malfeitores. Mas atenção! Cumpre escolher: ou bem de uns ou bem de outros. Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens. (VILLEY, 2007, p. 162)

Ora, e se é assim, como, de fato, assim o é, se o exercício de um Direito Fundamental é, em essência, a negação de outro, exercer um Direito Fundamental pode ser um instrumento perfeitamente adequado à dominação de outrem. A linguagem dos Direitos Humanos, pois, pode revelar inconfessável dominação.

Se, portanto, todo exercício de um Direito Fundamental é, em essência, resultado de uma colisão entre Direitos igualmente Fundamentais, a limitação, oriunda desta inexorável colisão apenas poderá se justificar na exata medida em que for necessária para preservar outro Direito Fundamental. Mister, pois, que sejam fixados balizamentos para que se possa evitar cair na tentadora armadilha de "canalizar valores ou interesses (inclusive interpretativos, não normativos), por forma a motivar um contrapeso que possa favorecer um deles" (QUEIROZ, 2000, p. 273), travestindo-se por jurídicos, argumentos que, ao fim e ao cabo são, essencialmente, de ordem subjetiva.

Para tanto, pensou-se na técnica da proporcionalidade como hábil a limitar a atividade do intérprete e, assim, capaz de realizar, de modo efetivo, a concordância prática dos bens jurídicos que refletem valores com iguais pesos normativos.

Deste modo, seria possível efetivar o seguinte resumo de raciocínio: quando ocorre a colisão, pondera-se visando a concordância prática mediante a técnica da proporcionalidade.

4 A TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE

Partindo do ideal de que os princípios são mandamentos de otimização, em que a sua natureza exige, em um primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência, (como, de todo, afirma o princípio da unidade constitucional), e, em segundo, sua referência a situações inquantificáveis, tem-se que na ocorrência da colisão, o que há é que um deles terá que ceder, não necessariamente significando que o que cede, será considerado inválido, mas, na verdade, apenas será afastado pela prevalência do outro através do exercício da ponderação.

Para Alexy (2011, p. 920), a ponderação é "parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade", ou seja, percebe-se que a ponderação tem como instrumento a proporcionalidade que, por sua vez, tende a também necessitar de outros fragmentos para sua realização.

A proporcionalidade, pois, pretende servir como fixador de critérios para intervenção dos poderes a quando da prática de todo e qualquer ato que possa produzir limites aos Direitos Fundamentais.

Primeiramente, cumpre destacar que em sua origem a proporcionalidade esteve vinculada às searas do Direito Administrativo alemão, onde, no Século XIX funcionava como padrão para vedar o uso da força para além do que fosse necessário e exigível para a consecução de sua finalidade. Estava, pois, inicialmente, restrita à atividade policial.

Com o fim da Guerra Mundial, a Europa vivenciou um período de queda da Supremacia do Parlamento e, portanto, de rompimento do dogma da intangibilidade do legislador, passando, a jurisprudência a controlar a razoabilidade dos atos legislativos, cujo método mais desenvolvido ou utilizado é *a proporcionalidade* (COSTA, 2008, p. 168).

Correta, ademais, a assertiva no sentido de atrelar a proporcionalidade a um fenômeno maior, também ligado às reações do 2º Pós Guerra: a retomada do jusnaturalismo, cuja ideia-força que marca esta retomada é a de que a Constituição não seria apenas um conjunto de normas, mas envolveria, também, uma ordem hierárquica e objetiva de valores, os quais, sob a roupagem/linguagem principiológica, pretenderiam atingir todo o ordenamento jurídico, obrigando-o a satisfazê-los na maior medida possível.

Seja como for, foi apenas no final dos anos cinquenta do século passado, sobretudo com a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no denominado caso das Farmácias, de 1958, onde se distinguiu a necessidade e a

adequação, da proporcionalidade em sentido estrito, que a Alemanha pode consolidar a proporcionalidade com o sentido com que, basicamente, conhecemos hoje. (COSTA, 2008, p. 170 e 171)

Desta forma, a técnica da proporcionalidade4 serviria de mecanismo de controle da legitimidade da intervenção de atos no âmbito de proteção de direitos fundamentais, ela dividir-se-ia, conforme defendido por Meister e Klatt (2014), em cinco estágios, quais sejam: objetivo legítimo, meio legítimo, adequação, necessidade e razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito, os quais serviriam para construir o entendimento a ser aplicado de acordo com o caso concreto.

4.1 Estágios do Princípio da Proporcionalidade

Toda e qualquer restrição à Direito Fundamental tem, necessariamente, que pretender alcançar uma finalidade constitucionalmente tutelada.

Pois bem, no primeiro estágio deverá ser identificada a finalidade, constitucionalmente tutelada, cuja restrição a determinado Direito Fundamental ajudará a alcançar. Trata-se da fase denominada de objetivo legítimo. Assim, a medida restritiva a Direito Fundamental teria que apresentar uma finalidade real, sem qualquer entendimento subliminar, em que de maneira clara e reta, poderia ser de plano visualizada.

Conforme Klatt e Meister (2014, p.27) para ser legítima a restrição, ela deverá ser juridicamente admissível, ao passo que não poderá contrariar qualquer preceito normativo, ou seja, "ocorre apenas uma reflexão isolada acerca do próprio objetivo; a relação objetivo-meio não desempenha qualquer papel nessa fase".

Frise-se que haveria dois tipos de objetivos legítimos, tomando por base a Constituição Alemã, que seriam os valores coletivos absolutos, em que o Estado teria que persegui-los, como a liberdade de expressão, e aos valores coletivos relativos, em que traz como exemplo a "liberdade de conformação político-econômica" (KLATT e MEISTER, 2014, p.27)

Demais disso, é necessário também que o objetivo seja fixado por uma autoridade que possua competência para tal, ou seja, que emane de fonte apta para tal exigência.

Identificada a finalidade motivadora da restrição a certo Direito Fundamental, mister identificar-se, precisamente, quais os meios utilizados para alcançá-la, ou seja, qual a medida da restrição imposta a determinado Direito Fundamental. Também aqui se exige que o meio seja precisamente identificado, sem que se incorra em dubiedade, devendo ser, ademais, juridicamente possível, dentro da normatividade, portanto. Klatt e Meister (2014, p.27) lembram que "o meio efetivamente empregado deve ser precisamente designado e juridicamente avaliado" e dessa forma apresenta como exemplo de meio ilegítimo a utilização da pena de morte para a contenção de gastos com o sistema de execução penal.

[4] Alguns autores acreditam, acertadamente, que a proporcionalidade em sentido amplo e a concordância prática apresentam-se como um só e único princípio. (QUEIROZ, 2000, 275).

O terceiro é alcançado fazendo-se uma análise relacional-causal entre os elementos dos dois primeiros estágios, no sentido de que a finalidade a ser perseguida deve estar adequada ao meio a ser utilizado.

Para Klatt e Meister (2014, p.28) "um meio é adequado quando, com o seu auxílio, o objetivo perseguido pode ser fomentado", dessa forma, não precisa que o objetivo seja necessariamente atingido, completamente satisfeito, bastando que seja fomentado, pois. Assim, deve ser analisado se, de fato, a medida, que se trata do meio, a ser utilizado irá atender a finalidade desejada.

Verifica-se assim, com esta fase, se existe a necessidade de a medida restritiva ser ajustada para o alcance da finalidade pretendida, mesmo que em uma esfera hipotética, ocasião em que deverão ser identificados indícios que permitam concluir que o meio escolhido, ou seja, o dano imposto ao Direito Fundamental resta capaz de satisfazer a finalidade, de início, objetivada.

O quarto estágio é o da necessidade. Necessariamente não poderá haver um meio menos lesivo ao Direito Fundamental que se está limitando que seja, ao mesmo tempo, igualmente eficaz para atingir a finalidade pretendida.

Para satisfazer o quesito necessidade, deve promover-se, pois, um exercício de possibilidades e alternativas por intermédio de analises de mais de um meio a ser implementado, os quais devem contemplar, requisitos como: o meio escolhido deve atender, no mínimo, a mesma aplicação do que teria feito o meio alternativo e; pode, no máximo, promover uma interferência intensa sobre o princípio a ser restringido. Caso haja mais de um meio que estejam no mesmo nível de adequação e necessidade, é possível que seja utilizada a discricionariedade.

Esse exame da necessidade considera a existência de medidas alternativas aptas a serem utilizadas para o caso concreto, sendo assim, pois, um exame comparativo (SILVA, 2010, p. 171), enquanto que a adequação é uma relação de meio e fim entre a medida e o objetivo perseguido.

O quinto e último estágio é denominado pela doutrina de razoabilidade ou proporcionalidade strito sensu, que, em essência pode ser resumido na seguinte frase precisa de Alexy (2011, p. 922), "quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro".

Toda a análise deste estágio, ensina Alexy (2011, p.922), deve se decompor em três passos: o grau do não cumprimento ou prejuízo ao princípio, caracterizado como a intensidade do dano; a comprovação da importância do princípio, refletido na intensidade de proteção; e a relação entre ambos, em que se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, justifica ou não cumprimento do outro.

Entretanto, a aplicação desse caminho, sem dúvida, traz uma forte carga subjetiva ao ato de interpretar, onde poder-se-ia deixar de, imotivadamente, considerar alguns pontos e privilegiar outros, então, na intenção de reduzir a subjetividade ou até mesmo afastá-la, Alexy (2011) propõe a fórmula peso para a resolução de colisão de princípios,

estabelecendo em que medida um pode preponderar sobre o outro, em virtude da existência de um peso relativo, sempre com a perspectiva que os princípios em conflitos possuem efeitos relativos e, visto isso, seria necessário observar alguns pontos, como: o peso abstrato dos valores em conflito; a interferência que a realização de um causa no outro, e vice e versa e, por fim, quais as evidencias disponíveis para fundamentar as assertivas anteriores, atribuindo, para isso, graus de interferências, que poderiam variar do leve, moderado ou sério.

Alexy (2011, p. 3) explica que a lei de ponderação é formada por três passos que seriam: definir o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; definir a importância de cumprimento do princípio contrário ao primeiro e, por fim, definir a importância do cumprimento de um princípio a ponto de justificar o prejuízo de outro. Assim esta fórmula seria um instrumento que pretende a definição do que se está pondo em análise de ponderação e ainda, de prevalência condicionada entre os princípios.

Para tanto, Alexy (2011) define uma escala triádica em que fixa uma classificação de graus de intervenção e de importância de cada princípio em análise, os quais seriam os três estágios de intensidade que podem ser caracterizados pelas caracterizações de "leve", "moderado" e "sério", os quais seriam utilizados na ponderação dos conflitos como pesos abstratos.

Defende, pois, Alexy, (2011) que julgamentos racionais sobre a intensidade de interferência e os graus de importância são possíveis, de tal forma que um resultado possa ser racionalmente estabelecido por meio de ponderação, e o demonstra isso através de dois exemplos: o primeiro trata do caso decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão em que havia, de um lado, o dever dos produtores de tabaco de afixar avisos de perigo à saúde que o produto traz, o que seria caracterizado como de interferência leve, tendo em vista a liberdade do exercício profissional, o que seria diferente caso houvesse a proibição total dos produtos do tabaco, o que seria de interferência grave.

No segundo exemplo, Alexy (2011) ainda trata do conflito entre o direito de liberdade de expressão e os direitos da personalidade em que uma revista satírica de grande circulação referiu-se a um oficial da reserva, que era paraplégico, o qual havia realizado com sucesso suas responsabilidades, tendo sido chamado para o serviço ativo, primeiro como "assassino nato" e em uma edição posterior como "aleijado".

O oficial, então, acionou o Tribunal Superior de Düsseldorf, o qual condenou a Revista a pagar-lhe uma indenização na ordem de 12.000,00 (doze mil) marcos alemães. A revista, insatisfeita, apresentou uma reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal e este entendeu como um caso de ponderação entre a liberdade de expressão dos associados da revista e o direito geral de personalidade do oficial.

Neste sentido, a intensidade da interferência dos direitos em conflito foi ponderada e eles foram fixados um em relação ao outro e o juízo quanto a indenização foi considerado como representativo de uma inferência séria ou na liberdade de expressão.

De outra banda, por se tratar de um método aberto de interpretação, permissivo a sua adaptação de acordo com o caso concreto, permitia assim, uma maior atuação do Poder Judiciário, a ponto de transformá-lo em superego de uma sociedade órfã (MAUS, 2000, p. 200 a 201) ou de criar uma nova forma de positivismo, o jurisprudencial (GARCÍA, 1998, p. 85 a 86).

Neste sentido, a Proporcionalidade possibilitaria ofertar um controle ao ato de impor limite aos Direitos Fundamentais, justificar a exata medida que for necessária para preservar, em uma colisão, outros Direitos Fundamentais ou bens jurídicos tutelados pela Constituição.

E como tal princípio se destrincha nos estágios acima, qualquer inobservância de tais preceitos, estaria caracterizado o excesso de poder, o que seria taxado pelo Poder Judiciário para preservar a limitação.

4.2 O Princípio da Vedação da Proteção Deficiente

A proporcionalidade, de acordo com Streck (2005, p.180) "possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais". Neste sentido, a inconstitucionalidade detectada no caso concreto poderia advir de excesso do Estado, caso em que determinado ato seria considerado como desarrazoado, o que resultaria em um desproporcional o resultado de verificação de adequação entre a finalidade o meio a ser aplicado, e de outra banda, esta inconstitucionalidade poderia decorrer da proteção insuficiente de um direito fundamental posto a análise.

A esta última vertente da proporcionalidade chama-se de Princípio da Vedação da Proteção Deficiente, que pode ser entendido "como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção" (STRECK, 2005, p. 180).

Neste sentido Clérico (2011, p. 152) desenvolveu pesquisa acerca da necessidade de adequar os estágios do princípio da proporcionalidade, considerando a idoneidade, o meio utilizado e a proporcionalidade em sentido estrito, entendendo que estas seriam as três razões que serviriam de justificação a uma possível restrição a um Direito Fundamental.

No mesmo sentido, Pulido (2011, p. 214) defende que esse mínimo será protegido por intermédio de uma versão da proporcionalidade, consubstanciada na proibição da proteção deficiente, asseverando que tal princípio "se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen um máximo nível de asseguramiento de los derechos de protecciоón, consttituyen violaciones de estos derechos".

E ainda para Pulido (2011, p. 216), a intervenção do Estado não bastaria que se contentasse na proibição do da proteção deficiente, mas que também se faria o controle do excesso, estabelecendo assim a conclusão de que "al legislador solo le está permetido establecer medidas que respeten el equilíbrio entre los derechos em conflito que se

produce en los casos de empate", e esse empate seria para casos em que a atuação do estado seria de natureza leve, para proteção leve de direitos, intervenção média, para proteção média e assim, por diante.

Posição semelhante é adotada por Sarlet (2005, p. 107), para o qual a ideia de proporcionalidade não se esgotaria na questão da proibição do excesso, e sim que ela deveria abranger uma proteção do Estado perante agressões aos direitos fundamentais e é neste momento em que se visualiza a possibilidade de uma conduta omissiva por sua parte, a qual deve ser combatida.

Uma das expressões da situação em que é possível visualizar a necessidade de correção da atuação do Estado é quando este "abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos" (STRECK, 2005, p. 180) e ainda complementa que tal princípio deriva da vinculação necessária de todos os atos do Estado à materialidade da Constituição em acentuada tentativa de limitação à discricionariedade.

Assim sendo, o Estado poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente, demonstrando um patamar aquém dos liames mínimos de proteção exigida, ou até mesmo, omitindo-se completamente, e é neste sentido que surge o princípio em tela, especialmente, em sua primeira roupagem quando, o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao proferir decisão acerca da possibilidade de se realizar aborto, datada de maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição, principalmente no que tange aos deveres de proteção, deve se abster da deficiência, imprimindo o padrão mínimo de proteção, de modo adequado e eficaz.

Assim sendo, a quando da ocorrência de omissão, seja ela total ou parcial, pelo Estado frente a proteção aos Direitos Fundamentais, e o seu devido combate para estabelecer a proteção integral e efetiva, é que se visualiza a figura do Princípio da Vedação a Proteção Deficiente, que pode ocorrer em qualquer ramo do meio jurídico, tendo em vista o caráter de universalidade dos direitos fundamentais.

5 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL INSUFICIENTE: UMA VERTENTE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO A PROTEÇÃO DEFICIENTE

Como visto, o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente visa afastar a omissão do Estado frente a proteção dos direitos fundamentais, ou seja, visa coibir uma não atividade estatal para a promoção ou garantia de direito universalmente assegurado e para esta análise, ele pode assumir uma feição ambiental.

5.1 O Princípio da Vedação Ao Retrocesso e da Proteção Ambiental Insuficiente

É possível afirmar, conforme ensinamento de Benjamin (2007), que a proibição de retrocesso, apesar de não constar, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e mesmo com sua relativa imprecisão pode ser considerada

como princípio geral do Direito Ambiental o qual deve ser invocado na verificação de legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente que poderiam ser consideradas como retrocesso, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.

A proibição ao retrocesso surge como um resultado de um conjunto, de uma interpretação sistêmica, que está baseada no critério multidirecional das normas que formam a totalidade do ordenamento ambiental, juntamente com as bases de conteúdo ecológicos, como a garantia dos processos ecológicos essenciais, a hiperproteção dos ecossistemas frágeis, dentre outras em que a proibição de retrocesso está claramente presente na Constituição e nas leis sobre o meio ambiente.

Assim, a legislação ambiental, bem como a jurisprudência pátria, adotou posição no sentido de não retroceder na questão da proteção ambiental. Veja-se, neste sentido, entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 302.906/SP, onde se decidiu que o princípio da proibição de retrocesso é "garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes" (REsp 302.906/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1.12.2010).

No que tange à legislação, tem-se que a Lei nº. 6.938/81 traz o entendimento da melhoria ambiental, como exposto em seu art. 2º em que a "Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida", em que se visualiza que, está presente essa vedação ao retrocesso, já que se busca sempre a melhoria da vida humana, frente a qualidade ambiental, vez que não bastará manter ou preservar o que há, e sim, impor e melhorar, progredir com o que se possui, no intuito deste permanecer para atender ao direito fundamental de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que está insculpido no art. 225 da Constituição da República de 1988.

Percebe-se que enquanto o dever de progresso objetiva o futuro, a vedação ao retrocesso busca no passado, os moldes para atuação do Estado de modo benéfico para a sua atuação.

Neste sentido, é possível afirmar caber, também, ao Poder Judiciário a verificação de eventual abusividade oriunda de omissão na implementação do Direito Fundamental, ou até mesmo o cumprimento do mínimo necessário para a satisfação das normas ambientais, como por exemplo, no caso de controle de políticas públicas. Neste passo, a inércia do Estado adviria da ausência do serviço ou da deficiente prestação, o que permitiria que o Judiciário determinasse a aplicação e observância da norma constitucional.

Neste sentido, então, a ausência de proteção ambiental pelos órgãos do Estado estaria violando ao mínimo existencial da proteção e preservação da vida e ao meio

ambiental ecologicamente equilibrado, conforme determinado pelo art. 5º, LIV e ainda, o art. 225, ambos da Constituição da República vigente.

5.2 A Instituição da Reserva Legal no Novo Código Florestal e a Adin 4901

Além de estar expresso no art. 225 da Constituição da República de 1988 como visto anteriormente, a proteção ao meio ambiente foi também consolidada no Novo Código Florestal Brasileiro em que, em meio a debates entre ambientalistas e ruralistas, foi aprovado em 25 de maio de 2012, sob o nº. 12.561, em substituição ao antigo Código, designado pelo nº. 4.771/1965.

Dentre os ajustes realizados, viu-se que a conservação do meio ambiente em sua forma natural, ainda continua sendo obrigação dos proprietários privados, estabelecendo uma divisão nessas áreas entre Áreas de Preservação Permanente (APP) e Reserva Legal (RL) as quais incitaram discussões acaloradas, no entanto, para este estudo, se limitará na Reserva Legal.

Além das medidas de facilitação para a regularização do imóvel rural pela figura da Reserva Legal, o Novo Código Florestal (Lei nº. 12.651/2012) demonstrou uma deficiência da atuação do Poder Público na defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que pode ser visualizado em seu art. 68:

> Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos nesta Lei.

Trata-se assim de uma conduta que afasta a ideia, a finalidade primeira, que foi estabelecida com o Novo Código Florestal, qual seja, a proteção e garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e privilegia aquele proprietário de imóvel rural que vive em meio a infração, visto que isto pode ser considerado um incentivo para que os mesmos permaneçam na ilegalidade, já que futuramente poderão ser "perdoados" pela não conservação ou promoção dos parâmetros mínimos da Reserva Legal, prejudicando o meio ambiente.

E, partindo do entendimento de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito difuso e intergeracional, não se pode conceber que a geração presente prejudique a geração vindoura, com a ausência do mínimo de proteção para o meio ambiente.

Dito isso, vê-se que há a transposição das garantias individuais, caracterizada nos interesses dos proprietários de imóveis rurais que não estabelecem a faixa mínima de Reserva Legal, mas que o poder Público "abranda" com a penalidade, os eximindo de tal obrigação, em detrimento à proteção de um direito fundamental, da proteção ao meio ambiental.

Neste sentido, há clara deficiência quando da atuação estatal para com o instituto da Reserva Legal dentro do Novo Código Florestal, vez que permite que a possibilidade de supressão de tão importante meio de proteção ambiental, em favorecimento de agentes individuais e assim, sacrificando o bem maior, de âmbito coletivo, que é o direito a proteção ambiental, em detrimento do direito de propriedade privada.

Tal conduta omissiva do Estado, em não promover a tutela correta do meio ambiente ecologicamente equilibrado é tão latente, que a Procuradoria Geral da República ajuizou três Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade que foram registradas sob os números 4901, 4902 e 49035, tendo como objeto a redução da reserva legal, recuperação de áreas desmatadas e ainda, áreas de preservação permanente, respectivamente, tendo sido direcionada aos dispositivos do Novo Código Florestal que, na discussão, são inconstitucionais.

A constitucionalidade da Reserva Legal está sendo discutida no bojo da ADI 4901 em que a Procuradoria Geral da República confronta os dispositivos do Novo Código Florestal que estão em desacordo com a Constituição da República de 1988, vez que prevêem a redução das áreas de reserva legal e especificamente do art. 12, § 4°, § 5°, § 6°, §7º e § 8º; art. 13°, § 1°; art. 15; art. 48, § 2°; art. 66, §3º, § 5°, lI, III e IV e § 6° e 68, todos da Lei 12.651/12.

A ação ataca dispositivos da Lei 12.651/2012 em desacordo com a Constituição, pois prevêem redução indevida de áreas de reserva legal.

A inicial defende que há inconstitucionalidade, em virtude da dispensa de reserva legal em caso de empreendimentos de abastecimento público de água e tratamento de esgoto, em áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica, em que funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações ou ainda em que sejam instaladas linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica, e também em áreas adquiridas ou desapropriadas com o objetivo de implantar e ampliar rodovias e ferrovias (artigo 12, parágrafos 6.º a 8.º da lei).

Ademais, a inicial também considera inconstitucional a redução da reserva legal por existência de terras indígenas e unidades de conservação no território municipal (art. 12, parágrafos 4.º e 5.º); a possibilidade de incluir, na reserva legal, coberturas vegetais que já constituem áreas de preservação permanente (art. 15); e a autorização de plantio de espécies exóticas para recompor reserva legal (art. 66, parágrafo 3.º).

E ainda acrescenta que há inconstitucionalidade na possibilidade de compensação da reserva legal sem identidade ecológica e por arrendamento ou doação de área em unidade de conservação ao poder público (artigos 48, §2º, e art. 66, §§ 5.º e 6.º) e a consolidação das áreas desmatadas antes das modificações dos percentuais de reserva

[5] Atualmente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs. 4901, 4902 e 4903 tramitam em conjunto e estão conclusas ao Relator para análise e parecer.

legal, principalmente as ocorridas a partir de 1996, por intermédio de medidas provisórias (artigos 12 e 68).

Tem-se que, de acordo com a inicial trazida pela Procuradoria Geral da República (2013, p.18), a previsão normativa contida nos dispositivos questionados representa flagrante retrocesso na legislação ambiental, vez que trata da exclusão da proteção de um número indefinível de espaços territoriais especialmente protegidos, como a que "a norma ignora, ademais, que os percentuais de reserva legal foram aumentados como medida necessária para conter o desmatamento e assim, cumprir os mandamentos constitucionais de proteção ambiental".

Segue, desta forma, discorrendo que há, portanto, clara violação do dever geral de não degradar o meio ambiente, como bem trazido pelo art. 225 da Constituição da República de 1988, bem como ao dever fundamental de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, bem como ao princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental. E ainda, além de afrontar os deveres fundamentais, as normas combatidas ao violarem o princípio da vedação de retrocesso, visto que estabelecem um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente, promove "a diminuição direta dos padrões de proteção, decorrente da diminuição dos espaços efetivamente protegidos e causa prejuízos às funções ecológicas das reservas legais." (2013, p.12).

Assim sendo, com tantas incongruências constitucionais em diversos dispositivos que trata da Reserva Legal, no que pertine aos espaços territoriais especialmente protegidos, notadamente, aos deveres fundamentais que impõem ao poder público: a vedação de que espaços territoriais protegidos sejam utilizados de forma que comprometa os atributos que justificam sua proteção; o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais; o dever de proteger a diversidade e a integridade do patrimônio genético e o dever de proteger a fauna e a flora, com a proibição de práticas que coloquem em risco sua função ecológica, ou seja, com a manifestação trazida pelo Código Florestal, está-se diante de uma omissão do Estado quando da realização da proteção eficiente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Neste sentido, é a inicial da ADI ora em comento, subscrita pela Procuradoria Geral da República (2013, p. 12):

> E, ao fragilizar o regime de proteção das áreas de preservação permanente e das reservas legais, e em alguns casos, extinguí-las, o legislador infraconstitucional violou integralmente os mandamentos constitucionais acima mencionados. Se, na lição de Konrad Hesse, "direitos fundamentais não podem existir sem deveres", é forçoso reconhecer que o legislador infraconstitucional atingiu o núcleo fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, negando-lhe vigência e retirando sua força normativa.

Com isso, percebe-se que os dispositivos combativos que tratam da reserva legal revelam uma evidente omissão do Estado em realizar seu dever de proteção de Direitos Fundamentais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que faz com que seus atos, no caso Código Florestal em questão, sejam eivados por violação ao princípio da vedação da proteção deficiente.

Neste interim, resta evidente então que o legislador quando da instituição do Novo Código Florestal, especialmente no que pertine à Reserva Legal, tutelou de modo inexoravelmente precário o meio ambiente brasileiro, ao fixarem um padrão de proteção ambiental notadamente inferior ao outrora existente, além da reduzir, diretamente, os padrões de proteção, decorrente da diminuição dos espaços efetivamente protegidos e dos prejuízos às funções ecológicas das reservas legais.

Para se viver dignamente, o ser humano precisaria de ambiente saudável, através da realização de uma modelo de desenvolvimento sustentável, por exemplo, mantido por meio de equilíbrio ecológico assegurado pelo Art. 225 da Constituição da República, que traz o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5.3 Análise dos Estágios da Proporcionalidade Acerca da Reserva Legal no Novo Código Florestal

Como visto, o Princípio da Proporcionalidade apresenta estágios que norteiam a ponderação do princípio a ser aplicado.

No caso da figura da Reserva Legal, com as proposições levantadas pela ADIN 4901, em confronto com a letra do Novo Código Florestal, pretende identificarem-se os estágios do princípio da Proporcionalidade no âmbito deste, como forma de visualizar a viabilidade da aplicação da legislação em comento.

De início, é importante ressaltar a base da análise, a qual será realizada pela ótica da violação ao princípio da proporcionalidade por ato legislativo, na medida em que, ao retroceder o grau de proteção ao direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado, afetou negativamente a norma instituída no artigo 225, *Caput*, da Constituição da República de 1988, logo, se declinará que, será inconstitucional essa afetação negativa se ela for desproporcional, ou seja, se não compreender os requisitos da ponderação, levando em consideração o interesse estatal ou o direito fundamental promovido em prejuízo do direito ao meio ambiente.

O primeiro estágio a ser analisado seria o objetivo legítimo, presente na ideia de promover a proteção ambiental em consonância com o desenvolvimento econômico, vez que permitira a delimitação de áreas de preservação que, com as devidas restrições legais, também poderia ser explorada economicamente, como no caso de utilização de manejo florestal. Então, o objetivo é real, já que existe e tem postura factual e legítima, instituindo por autoridade competente tal, tendo em vista que o dever de proteção ao meio ambiente é da coletividade.

O meio utilizado seria o de reduzir a área de reserva legal e ainda, "perdoar" aqueles já haviam desmatado para que se legalizasse a área rural para a promoção do desenvolvimento econômico, ele está identificado e é juridicamente possível.

Na adequação, como se deve analisar se o meio escolhido se adéqua ao fim pretendido, verifica-se então, se a diminuição da área da reserva legal possibilita um crescimento no desenvolvimento econômico; caso positivo, a medida é adequada. No entanto, no presente caso, não há cristalina certeza se a medida é capaz de promover o desenvolvimento econômico, tendo em vista que toda a degradação ambiental poderá refletir de forma negativa na mesma exploração econômica do imóvel rural, lhe diminuindo o valor ou até mesmo provocando desastres naturais, como desmoronamentos, etc.

No estágio da necessidade, analisa-se se não há outro meio menos lesivo para o alcance do fim na mesma intensidade.

De acordo com esse entendimento, a lei ora em comento revela nítida inconstitucionalidade, tendo em vista ser perfeitamente possível visualizar outros meios para atingir a finalidade pretendida, com menos afetação a proteção ambiental. Um exemplo seria uma maior facilitação de créditos rurais ou criação de incentivos financeiros ao proprietário rural, mediante a responsabilização em atender e respeitar os limites da Reserva Legal, o que permitira o desenvolvimento econômico com o crescimento da produção agrícola. Visto isso, então, a necessidade não estaria atendida, logo, violaria o Princípio da Proporcionalidade, então, inconstitucional o tratamento dado a Reserva Legal.

No entanto, continua-se com a análise dos demais estágios para melhor entendimento.

Chega-se então, ao estágio da proporcionalidade em sentido estrito, em que se poderá verificar qual o princípio em conflito possui mais força, se o da proteção ao meio ambiente ou o desenvolvimento econômico.

Ao analisar a colisão desses conflitos, é de fácil visualização que a o princípio da proteção ambiental possui mais peso, tendo em vista que, como dito acima, os prejuízos ambientais e as suas consequências serão sentidas na própria propriedade que não respeitaram a reserva legal.

Percebe-se que a determinação da diminuição das áreas de Reserva Legal foi realizada sem critérios técnicos visto que esses não foram apresentados na justificativa da medida, assim, não há consenso entre os técnicos ambientais para tal, os que efetivamente poderiam determinar a medida correta para manter o equilíbrio entre a proteção e o desenvolvimento, acrescentando ainda, que os prejuízos causados por exploração irregular refletem nas gerações futuras, o que vai de encontro ao preceito do desenvolvimento sustentável, como a perda da biodiversidade, funções ecológicas, etc.

Assim, entende-se que o risco iminente de tragédias ecológicas em busca de desenvolvimento econômico não seria capaz de suprir a necessidade deste, visto que teria que a recuperar dos prejuízos também apresentaria oneração para toda a coletividade,

sem contar a escassez de recursos naturais que seria possível e até esperado, elementos impossíveis de serem restaurados.

Então, dessa forma, na colisão dos princípios da proteção ambiental, como exercício do direito fundamental do meio ambiental ecologicamente equilibrado com o Princípio do desenvolvimento econômico, entende que o primeiro prevalece, principalmente porque este possui o caráter universal, em que atinge de maneira difusa a todos refletindo profundamente em todas as áreas da vivência humana, vez que um meio ambiente equilibrado, assegura melhor qualidade de vida e de desenvolvimento.

Assim, por fim, vê-se que os dispositivos debatidos acerca da Reserva Legal, em sua diminuição, vão de encontro com o Princípio da Proporcionalidade, por não atender de maneira eficiente aos estágios, para o alcance saudável da finalidade, que seria de limitar a proteção ambiental em prol do desenvolvimento econômico quando, da análise, viu-se que a aplicação se dá ao reverso.

6 CONCLUSÃO

A Proporcionalidade como visto, encontra fundamento na própria existência dos direitos fundamentais por serem estes revestidos de normatividade e transmitem valores que devem ser respeitados e atendidos perante o Estado e a Coletividade.

Os Princípios ainda, como ordem de otimização, possuem uma carga peso que não deve ser medida diretamente com a mesma carga de outro Princípio, ao passo que, em caso de colisão, deve-se utilizar o procedimento tanto exercitado pelo Princípio da Proporcionalidade como a obtenção da ponderação entre eles e identificar o que possui mais peso em relação ao caso concreto, após a análise dos seus estágios, em todo o procedimento visa também o atendimento aos preceitos constitucionais para afastar todas as linhas legais que estão em confronto com a Carta Magna.

Viu-se também, que o Princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental, tem ligação com o Princípio da Vedação da Proteção deficiente, como ficou demonstrado ainda, no exercício realizado quando da análise dos dispositivos do Novo Código Florestal que trata da Reserva Legal em que se chegou a conclusão que os mesmos são inconstitucionais, sendo que, na colisão dos Princípio da Proteção Ambiental com o do Desenvolvimento Econômico, aquele foi sobreposto a este, devido a clara valoração existente.

Assim, verificou-se que o Princípio da Proporcionalidade, seja em si, como no caráter estrito sensu ou com seus desdobramentos como o Princípio da Vedação a Proteção Deficiente, serve de norte para o exercício da ponderação, seja para o completo atendimento dos direitos fundamentais, identificando ainda possíveis figuras inconstitucionais, como para a resolução de conflito entre princípios.

Sendo, desta forma, então, de curial importância a sua correta aplicação, especialmente e principalmente, quando da análise detalhada dos seus estágios frente

ao caso concreto, em que se espelha como instrumento primordial de exercício da Jurisdição Constitucional.

DEVELOPMENTS OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: THE UNTERMASSVERBOT PRINCIPLE AND THE LEGAL RESERVE ESTABLISHED BY THE BRAZILIAN FOREST CODE

ABSTRACT: This paper is based on the requirement of a careful analysis of the environmental protection measures to be applied, beneath Fundamental Rights brought by the Federal Constitution. Ensuring the fundamental rights through active and passive ways is a duty of the Democratic State of Law. It is evident that this protection must be accomplished also by applying percautionary measures. In this case, it's necessary to take into consideration the following principle: untermassverbot, especially regarding the definition and scope of the Legal Reserve, established by the Brazilian Forest Code, by analyzing the Proportionality Principle stages.

KEYWORDS: Principle of Proportionality, Untermassverbot Principle, Legal reserve, Brazilian Forest Code.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. In Doutrinas Essenciais:* Direitos Humanos. Vol 1. Flávia Piovesan e Maria Garcia (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 915 a 927.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In:* CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores ?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y a insuficiência por omisión o defecto*. In: CARBORENELL, Miguel. (Coord). Argumentacion Jurídica: el juicio de poderación y el principio de proporcionalidad. Mexico. Editorial Porrua, 2011.
COSTA, Alexandre Araújo. *O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesauros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GARCÍA, Pedro de Vega. *El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional*. Teoría y Realidad Constitucional nº 1. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janeiro/junho de 1998, pp. 65-87.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na "Sociedade Órfã"*. Novos Estudos nº 58, São Paulo, Cebrap, 2000, p. 183-202.

MEISTER, Moritz; KLATT, Matthias. *A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 7, vol. 1, jan/jun 2014, p. 23 a 41.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade de la legislacion penal*. In: CARBORENELL, Miguel. (Coord). Argumentacion Jurídica: el juicio de poderación y el principio de proporcionalidad. Mexico. Editorial Porrua, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 180.
S
ILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbt) ou se como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.* Revista Ajuris, Ano XXXII, nº. 97, marco/2005.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

A NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DA METODOLOGIA (BALANCED SCORECARD) EM ÓRGÃOS PÚBLICOS. UM ESTUDO SOBRE A IMPLANTAÇÃO NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

Enne Caroline Cardoso Rodrigues[1]

RESUMO: O presente artigo visa analisar a importância estratégica institucional de ter um planejamento estratégico, sobretudo no contexto de um alinhamento nacional com o Conselho Nacional do Ministério Público visando o fortalecimento do órgão. Será de suma importância avaliar a como se comporta um planejamento estratégico no setor privado e qual a necessidade de trazê-lo ao setor público. Por fim faremos um estudo decomposto sobre o mapa estratégico do Ministério Público do Estado do Pará.

PALAVRAS-CHAVE: Balanced Scorecard (BSC). Administração Pública. Gestão Pública. Estratégia. Planejamento. Direito Financeiro e Tributário.

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2 PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. 3 O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM BUSCA DE UM ALINHAMENTO NACIONAL ESTRATÉGICO E FORTALECIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 4 O CLIENTE DO SETOR PÚBLICO. 5 AS PERSPECTIVAS DO SETOR PRIVADO E AS PERSPECTIVAS DO SETOR PÚBLICO. 6 UM BREVE OLHAR NO MAPA ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

À primeira vista um planejamento estratégico em um órgão público pode parecer algo distante ou tratar-se de simplesmente de ato necessário na gestão financeira e orçamentária. Nesta seara há muito tempo tem-se definido como regra o planejamento financeiro e orçamentário, de sorte que no Brasil a própria constituição da República prevê princípios e leis orçamentárias como a Lei Orçamentária Anual (LOA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Plano Plurianual (PPA).

[1] Servidora Pública do Ministério Público do Estado do Pará, exercendo cargo de Assessora de Procurador de Justiça. Pós-graduada em Direito Processual Administrativo. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho.

Em linhas gerais o PPA é um planejamento estratégico quadrienal; constitui-se, portanto, de um plano de longo prazo, uma vez que ultrapassou um exercício financeiro. Ele é a soma de todos os programas de governo a serem executados em um período de 4 (quatro) anos. Já a LDO é um planejamento tático de vigência anual. Nela se planeja o rumo que a Lei Orçamentária Anual deve tomar, obedecendo sempre ao que prediz o plano plurianual.

É importante ressaltar que o Plano Plurianual foca em **diretrizes, objetivos e metas**, já a Lei de Diretrizes Orçamentárias cuida das **metas e prioridades.** Outro instrumento legal e orçamentário é a Lei Orçamentária Anual, que com uma previsão tão curta, como já explicita em seu nome, é conhecida como um **planejamento operacional.** É uma lei periódica que só produz efeitos dentro do exercício financeiro, consoante disposições do art. 35 da Lei 4.320/1964.

Com esta breve exposição sobre o setor público e seu planejamento orçamentário e as principais leis que o compõe, observa-se um contexto de planejamento estratégico, contudo restrito as finanças e orçamento. Esta realidade não era diferente no setor privado nos idos dos anos 1950, nos quais boa parte do que se chamava de planejamento financeiro era na realidade controle financeiro.

Aos poucos no setor privado a avaliação de desempenho de uma empresa deixou de ser observada apenas pelos resultados financeiros, que não são suficientes para garantir que suas estratégias, objetivos e metas estão sendo alcançados. Assim nos anos 1990 começou a discussão de transição para uma gestão estratégica, na qual há integração entre **planejamento e controle.**

Neste contexto dois pesquisadores, KAPLAN e NORTON (1997), lançam uma nova metodologia para planejamento estratégico baseado em indicadores para controlar objetivos e metas e interligando missão, visão e valores da empresa com quatro perspectivas distintas, quais sejam: Financeira, Dos Clientes, Dos Processos Internos e Do Aprendizado e Crescimento.

O setor privado rapidamente incorpora a metodologia com sucesso. Grandes empresas internacionais aceitam o desafio do BSC e obtêm sucessivas linhas de sucesso. No Brasil empresas que incorporam o BSC também são bem-sucedidas e premiadas, algumas são reconhecidas pelo Prêmio Nacional de Qualidade – PNQ, por estruturar seu sistema de medição de acordo com o BSC: Caterpillar, Cetrel, Bahia Sul, Santa Casa da Misericórdia de Porto Alegre, Gerdau Aços Finos Piratini, Politeno, Siemens, Escritório de Engenharia Joal Teitelbaum etc.

O grande desafio neste momento é a introdução da metodologia BSC no setor público, já que este é tradicionalmente guiado por um grande volume de normas legais, pressionado pela escassez de recursos financeiros. Denota-se a necessidade urgente de adotar novos instrumentos de gestão que possibilitem o crescimento com eficácia e eficiência para atendimento adequado dos clientes do setor público.

2 PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

Porter (2004) define estratégia como um método de defesa das organizações diante do mercado competitivo e o grande diferencial da organização está na sua habilidade de lidar com as forças externas que afetam toda a organização. Diante da compreensão de que é necessário um novo modelo gerencial e com fundamentação na Lei Orgânica do Ministério Público art. 69, I, o Ministério Público do Estado do Pará implantou o Plano Geral de Atuação, que tem como objetivo apoiar o planejamento da área fim.

Representa significativo avanço na área de planejamento estratégico em decorrência de ter agregado ao planejamento da gestão, o planejamento de atuação dos membros, tendo desta forma um planejamento institucional mais completo, focado e democrático.

A elaboração do PGA contou com a presença de membros e servidores do Ministério Público e a sociedade que foi ouvida em 4 (quatro) audiências públicas realizadas no Município de Belém, Castanhal, Marabá e Santarém, bem como em consulta pública realizada por meio eletrônico e impresso.

O Plano Geral de Atuação em um primeiro momento coordenado pela metodologia alemã ZOOP (Planejamento de Projetos Orientados para Objetivos Planejamentos Comunitários Interativos), que oferece estrutura sistêmica para identificação, planejamento e gestão de novos projetos desenvolvidos em ambientes de oficina com a participação dos principais grupos de interesse.

O PGA experimentou um segundo momento para que o projeto se alinhasse a metodologia usada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Desta forma foi redesenhado sobre os calços da metodologia Balanced Scorecard (BSC), assim cada vez mais voltado para **resultados** que coloquem a burocracia necessária (rotina, normas e controles) a serviço do cidadão de forma transparente, participativa e indutora do controle social.

O Balanced Scorecard é a metodologia de medição e avaliação de desempenho organizacional mais difundida do mundo. Nela a partir de uma visão integrada e balanceada da empresa permite descrever a estratégia de forma clara, através de objetivos estratégicos, que são agrupados em quatro perspectivas, todas elas integradas entre si em uma relação de causa e efeito, permitindo que os gestores percebam as correlações entre diversas áreas e atividades.

Consoante já expendido nas considerações iniciais foi formulado pelos professores da Harvard Business School, Robert S. Kaplan e David P. Norton, na década de 1990. Tudo se deu em um estudo realizado em 1990 entre diversas empresas, denominado "Measuring Performance in the Organization of the Future", patrocinado pelo Instituto Nolan e Norton.

O estudo teve como orientação a crença de que os métodos existentes de medição de desempenho empresarial, em geral apoiados nos indicadores contábeis e financeiros, estavam-se tornando insuficientes (KAPLAN e NORTON, 1997).

Um registro importante é que em meados de 1993, Norton era o principal executivo da Renaissance Solitions Inc., empresa que agregava como principal serviço a consultoria estratégica baseada no BSC, como solução em tradução e implementação de estratégias. KAPLAN e NORTON (1997, p. IX) fazem a seguinte reflexão sobre este momento:

> Na realidade o BSC deixou de ser um sistema de medição aperfeiçoado para se tornar em um sistema gerencial essencial (...), os altos executivos dessas empresas utilizavam o Balanced Scorecard como a principal ferramenta organizacional para importantes processos gerenciais: **estabelecimento de metas individuais e de equipe, remuneração, alocação de recursos, planejamento e orçamento, feedback e aprendizado estratégico.** [grifo nosso]

É importante destacar que tanto em organizações privadas quanto em organizações públicas é essencial o controle de processos gerenciais referidos na citação ao norte. O estabelecimento, por exemplo, de metas individuais e de equipe é essencial para o crescimento coordenado da organização e fundamental para o sucesso de um planejamento estratégico.

Desta forma a implementação em empresas do BSC proporcionou o desenvolvimento acelerado da metodologia de gestão estratégica de organizações de grande, médio e pequeno porte. Nota-se que em pouco tempo após a sua criação o conceito tornou-se um ícone, amplamente disseminado e aplicado por executivos e entidades governamentais em todo o mundo.

O planejamento com o BSC alinha resultados de desempenho da empresa com metas traçadas para identificar falhas em um processo que também utiliza de forma integrada uma ferramenta da qualidade empregada no controle de processos, qual seja o PDCA, siglas originárias do inglês, que significa "P" de *Plan* (Planejar), "D" de *Do* (Fazer), "C" de *Check* (Checar), "A" de *Act* (Fazer); assim, após identificar as falhas, pode-se corrigi-las tudo dentro do mesmo processo. Neste sentido Kaplan e Norton (1997, P. 231) comentam que "[a] construção de um Balanced Scorecard que l**igue a missão e a estratégia de uma unidade de negócios a objetivos e medidas explícitos** é apenas o começo da utilização do Scorecard como sistema gerencial". [grifo nosso]

Claro está que o Balanced Scorecard traduz de modo singular missão estratégica em objetivos e medidas. Ele as organiza por meio de indicadores, que são vitais para informar aos funcionários (ou servidores públicos) sobre os vetores de sucesso atual e futuro. Essa informação é vital para a empresa ou organização pública para canalizar energias, habilidades e conhecimentos específicos das pessoas em toda a empresa

ou órgão público, de modo que todos devem estar comprometidos para alcançar os objetivos de longo prazo.

Outra informação importante sobre o Balanced Scorecard é que ele conserva as medidas financeiras tradicionais integrando-as ao planejamento estratégico. Contudo, essas medidas por si só são insuficientes para orientar e avaliar a trajetória que as empresas da era da informação devem seguir. Padoveze (2007, p. 121) comenta que:

> O Balanced Scorecard é um sistema de informação para gerenciamento da estratégia empresarial. Traduz a missão e a estratégia da empresa em um **conjunto abrangente de medidas de desempenho financeiras e não-financeiras, que serve de base para um sistema de medição e gestão estratégica.** [grifamos]

Outro fator importante na consecução do BSC é que ele utiliza indiretamente o Diagrama de Ishikawa, também conhecido como Diagrama de Causa e Efeito, que é uma ferramenta de controle da qualidade, mas no BSC busca-se a relação de causa e efeito entre os indicadores do projeto. De acordo com Monteiro, Castro e Prochnik (2003), o BSC é um sistema de gestão estratégica que utiliza indicadores financeiros e não-financeiros, esclarecendo relações de causa e efeito entre esses indicadores através de mapas estratégicos.

Ante todo o exposto denota-se a importância desta ferramenta de gestão e planejamento estratégico tanto no âmbito do setor privado quanto no público. Percebe-se que é fundamental e hoje vital para qualquer organização saber sua missão, qual é sua razão de existir; a visão traduz-se onde pretende chegar sempre alinhado aos seus valores (crenças da organização) para que possa construir objetivos estratégicos com direcionamento e que possa a qualquer tempo medir seus indicadores de desempenho para saber onde está e corrigir eventuais falhas.

3 O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM BUSCA DE UM ALINHAMENTO NACIONAL ESTRATÉGICO E FORTALECIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em seu processo de gestão implantou processo gerencial de planejamento estratégico, tal qual fizeram outros órgão, inclusive do Poder Judiciário. Neste o CNMP utilizou a difundida metodologia Balanced Scorecard para nortear esse processo de gestão com o balizamento em indicadores.

Em sua página na internet acessível em http://www.cnmp.mp.br/portal/planejamento-estrategico-cnmp o CNMP traz a seguinte explicação sobre seu planejamento estratégico:

> O Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público visa o **fortalecimento do Ministério Público no Brasil,** a partir

> da construção de uma **agenda estratégica** capaz de **alinhar aos ramos do MP** em torno de objetivos comuns, com foco na melhoria dos serviços prestados à sociedade.
> A elaboração da estratégia **respeitará as autonomias e a independência funcional de cada instituição**, buscando definir **diretrizes convergentes, que possam contribuir para a maior eficiência do Ministério Público**. [grifo nosso]

O CNMP em busca desta nova perspectiva de controle gerencial da burocracia dos órgãos públicos, notadamente o Ministério Público pretende fortalecer cada Ministério Público do Brasil a partir de uma **agenda estratégica, alinhando todos em torno de objetivos comuns,** isto nada mais é do que um alinhamento nacional de todos os Ministérios Públicos da Federação em torno de uma causa maior ligados por uma estratégia comum através de planejamento estratégico implementado por meio do BSC.

Nota-se também a preocupação do Conselho Nacional do Ministério Público em respeitar as autonomias e a independência funcional de cada instituição. Assim fica claro que não está tomando o lugar de cada órgão Ministerial dotado de plena independência funcional, está antes alinhando os objetivos comuns contribuindo para uma maior eficiência do ministério Público ao seu cliente principal que é a sociedade.

O CNMP apresenta seu mapa estratégico a sociedade, disponível em sua página na internet, vejamos:

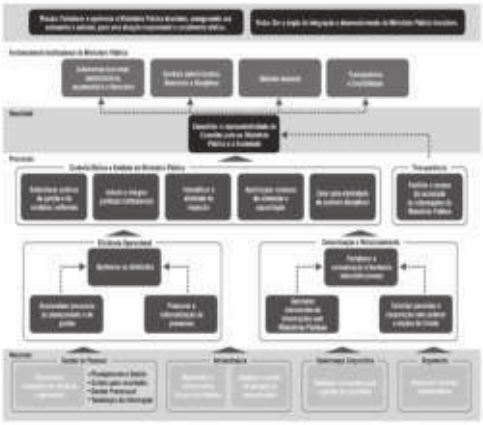


Figura 1: Mapa Estratégico CNMP

Nele podemos observar as diversas perspectivas (recursos, processos e resultados) com objetivos estratégicos que se integram entre si em uma relação de causa e efeito. Todas culminam para 4 (quatro) ações concretas que visam o fortalecimento do Ministério Público.

4 O CLIENTE DO SETOR PÚBLICO

As empresas não devem pautar-se exclusivamente por resultados financeiros, como na escola dos anos 1950; hoje a preocupação deve ser com indicadores mais amplos que reflitam uma realidade mais próxima da empresa envolvendo os múltiplos factore internos e externos de crescimento e visualizando as ameaças e fraquezas com possibilidade de controle e correção.

Hoje os resultados têm conexões complexas entre várias partes interessadas que estão relacionadas à organização. No caso do setor privado temos: comprador dos serviços ou produtos à venda (podemos denominar clientes externos), sociedade, acionistas, pessoas da força de trabalho (podemos denominar clientes internos) e fornecedores. De modo geral, no serviço público podemos listar: sociedade, pessoas da força de trabalho (podemos denominar clientes internos) e fornecedores.

É importante ressaltar que cada um dos que compõem estes grupos são partes interessadas e têm interesses diferenciados. Por exemplo, no caso do Ministério Público do Estado do Pará podemos ter entre os clientes internos diversas demandas diferenciadas, de acordo com a área de trabalho que atue, apesar dos objetivos, missão e visão institucional continuarem sendo as mesmas. Outro enfoque é na sociedade que com o passar do tempo apresenta demandas diferentes ao Órgão Ministerial.

Conforme Kaplan e Norton (2001, p. 34):

> Com o Balanced Scorecard, os executivos corporativos e**ram capazes de medir como suas unidades de negócio criavam valor para os clientes atuais e futuros.** Ao mesmo tempo em que mantinha o interesse no desempenho financeiro, o Balanced Scorecard revelava com clareza os vetores do desempenho superior e de longo prazo em termos competitivos e de criação de valor. [grifamos]

Desta forma o Balanced scorecard tem também a finalidade de medir como as unidades de negócio criam valor para clientes atuais e futuros; assim no setor público, em especial no Ministério Público, é preciso saber como o Órgão e suas diversas unidades (Promotorias de Justiça, Procuradorias de Justiça, Centro de Apoio Operacional, Corregedoria, Ouvidoria, Procuradoria Geral de Justiça, Sub Procuradorias Geral de Justiça e demais departamentos e setores dentro do órgão) podem criar valor para seus clientes atuais e futuros, primeiramente a sociedade e não esquecendo seus clientes internos.

5 AS PERSPECTIVAS DO SETOR PRIVADO E AS PERSPECTIVAS DO SETOR PÚBLICO

O Balanced Scorecard tem este nome por procurar refletir o equilíbrio (balance) entre objetivos de curto e longo prazo, entre medidas financeiras e não financeiras, entre indicadores de tendências e ocorrências e entre as perspectivas internas e externas de crescimento.

No setor privado o Balanced Scorecard apresenta seu planejamento estratégico em quatro perspectivas que se integram entre si em uma relação de causa e efeito na seguinte ordem: **aprendizado e crescimento, processos internos, clientes e financeira.**

Apresenta-se desta forma porque na base deve estar a perspectiva de aprendizado e crescimento para saber o que fazer para alcançar a visão da empresa, como implementar novas tecnologias, implementar processos, tudo no sentido de sustentar a habilidade de mudar e progredir. Em seguida, a perspectiva de processos internos, de forma que responda à pergunta sobre quais processos a empresa deve sobressair-se para satisfazer os clientes, como melhorar a produtividade, aumentar a qualidade do processo.

A perspectiva seguinte é a de clientes, a qual se preocupa como deve ser visto pelo cliente para alcançar a visão, processos do tipo oferecer serviços diferenciados ou cumprir prazos.

A última perspectiva no setor privado é a financeira, uma vez que este setor busca o lucro, nesta a pergunta que se faz é como a empresa deve aparecer para os investidores para ter sucesso financeiro; para isso os processos buscados nesta perspectiva são reduzir custos, aumentar a lucratividade, aumentar as vendas.

Já no setor público as perspectiva não são as mesmas, já que o lucro não é finalidade no serviço público, mas o atendimento à sociedade. As perspectivas começam com os recursos, passam pelas perspectivas de processos e culminam com os resultados.

KAPLAN e NORTON (1997) deixam claro que o sistema de medição deve tornar explícitas as relações entre objetivos (e as medidas) nas diversas perspectivas, de forma que possam ser gerenciadas e validadas.

Para ter a validação é necessário que entre as perspectivas todas elas sejam permeadas pela cadeia de causa e efeito, que vai garantir o encadeamento necessário entre os objetivos das perspectivas.

6 UM BREVE OLHAR NO MAPA ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

Um mapa estratégico é sempre resultado de um trabalho de planejamento estratégico; no caso do Ministério Público do Estado do Pará (MP/PA) não é deferente. Ele é baseado em seu planejamento estratégico construído sob os pilares do BSC conforme já expendido alhures.

Figura 2: Mapa Estratégico do Ministério Público do Estado do Pará

O mapa estratégico do MP/PA apresenta três perspectivas, quais sejam: recursos, processo e resultados. Todos culminam na missão do Órgão, com sua visão de futuro e valores.

Na **perspectiva de recursos** está estruturado em três grandes temáticas: 1. Pessoas, Inovação e Comunicação, 2. Tecnologia da Informação, 3. Orçamento, infraestrutura e logística.

Tratando-se da **perspectiva de processos** o eixo apresenta as seguintes temáticas: 1. Eficiência Operacional, 2. Integração e Alinhamento, 3. Atuação Institucional, 4. Transparência.

A última perspectiva é a **perspectiva de resultados** que possui as seguintes temáticas: 1. Contribuir para viabilizar a participação social nos processos de decisão, na formulação, execução e controle das políticas públicas; 2. Ampliar e aprimorar o desempenho do MP/PA; 3. Fortalecer o combate à corrupção e à improbidade administrativa; 4. Expandir o conhecimento e a valorização da atuação do MP/PA; 5. Garantir a defesa e a proteção do Meio Ambiente.

É necessário que haja uma perspectiva de **Recursos** para distinguir as áreas que necessitam de alocação de recursos para seu desenvolvimento como processos. Desta forma o Ministério Público do Estado do Pará elegeu as áreas que são prioridade para alocação de recursos em uma relação de causa e efeito com a perspectiva de Processos.

Assim na temática pessoas (Recursos), inovação e comunicação elegeu como prioridade: 1. Propiciar ambiente de trabalho saudável e motivador; 2. Aperfeiçoar

política, métodos e técnicas de gestão com pessoas; 3. Aperfeiçoar a formação continuada dos integrantes do MP/PA; 4. Estabelecer políticas e canais efetivos de comunicação com a sociedade.

Na temática de Tecnologia da Informação (Recursos) elegeram como prioridades: 1. Estruturar e aperfeiçoar sistemas de gestão do conhecimento Institucional; 2. Preservar a integridade dos sistemas e das Informações; 3. Implantar política eficiente para gestão da informação.

E na temática de Orçamento, Infraestrutura e Logística (Recursos) escolheram como prioridade: 1. Assegurar recursos para o funcionamento e a modernização; 2. Aprimorar política de gestão e de captação de recursos financeiros; 3. Garantir infraestrutura necessária à operação e à modernização; 4. Assegurar adequado suporte logístico, inclusive de segurança institucional.

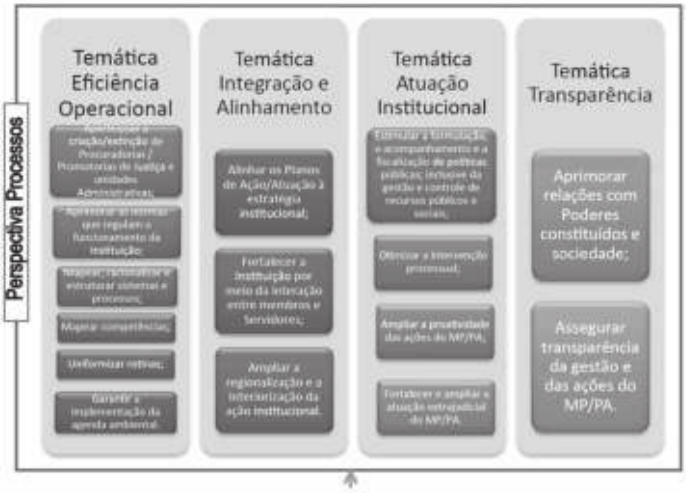
Em confronto com a perspectiva de **Processos** interligada com a de Recursos o MP/PA elegeu como objetivos estratégicos para o desenvolvimento dos Processos na primeira temática de eficiência operacional: 1. Aperfeiçoar a criação/extinção de Procuradorias / Promotorias de Justiça e unidades Administrativas; 2. Aprimorar as normas que regulam o funcionamento da Instituição; 3. Mapear, racionalizar e estruturar sistemas e processos; 4. Mapear competências; 5. Uniformizar rotinas; 6. Garantir a implementação da agenda ambiental.

Na segunda temática de Processos foi elevada a temática de integração e alinhamento que traz os seguintes objetivos: 1. Alinhar os Planos de Ação/Atuação à estratégia institucional; 2. Fortalecer a Instituição por meio da interação entre membros e Servidores; 3. Ampliar a regionalização e a interiorização da ação institucional.

Na terceira temática de Processos foi escolhida a Atuação Institucional trazendo consigo os seguintes objetivos: 1. Estimular a formulação, o acompanhamento e a fiscalização de políticas públicas; inclusive da gestão e controle de recursos públicos e sociais; 2. Otimizar a intervenção processual; 3. Ampliar a proatividade das ações do MP/PA; 4. Fortalecer e ampliar a atuação extrajudicial do MP/PA.

A última temática eleita em Processos e não menos importante foi a Transparência tão difundida no cenário nacional, que no planejamento estratégico do MP/PA trouxe os seguintes processos: 1. Aprimorar relações com Poderes constituídos e sociedade; 2. Assegurar transparência da gestão e das ações do MP/PA.

Discorrer sobre cada uma delas renderia uma tese, ou pelo menos muitas páginas de trabalho que não comportariam neste singular artigo que não pretende exaurir o tema, mas antes iniciá-lo em discussões acadêmicas para contribuir com o Órgão Ministerial. O gráfico abaixo apresenta uma melhor visualização didática do mapa, sem pretender qualquer substituição.



7 CONCLUSÃO

Desta forma, conclui-se que a estratégia não é um processo gerencial isolado. Ela tem início com a definição da missão da organização, que é o porquê de existir de uma organização, constituindo a razão de ser desta, a função que ela desempenha no mercado ou na sociedade para tornar-se útil e justificar seus resultados perante as partes interessadas.

Após o estabelecimento da missão ainda existe um caminho longo pela frente que passa pela tradução da missão em resultados almejados em alinhamento com os valores essenciais, que são tudo aquilo que a organização acredita. Para então criar

objetivos e iniciativas estratégicas com a implementação do sistema de medição BSC. Ainda há o detalhamento dos clientes internos de modo que ao nível pessoal é necessária a contribuição de todos para o alcance dos objetivos estratégicos.

Neste contexto, é preciso que a Administração Pública brasileira meça seu desempenho de maneira sistemática e estruturada. Para isso, faz-se necessário, dotar as organizações públicas brasileiras de um modelo de avaliação do desempenho organizacional que contribua para **tornar o Estado mais ágil, transparente e focado em resultados que agreguem valor à sociedade.**

Observa-se que o planejamento estratégico é essencial em todas as organizações e que foi bem implantado no Ministério Público do Estado do Pará; contudo, ainda muito recente merece atenção de todos os gestores e clientes internos do órgão. Somente com o comprometimento de todos com a gestão estratégica e atenção especial em seus indicadores é que se conseguirá o êxito tão esperado. O projeto, da forma como está estruturado, ainda é muito recente, mas conta com sólidas estruturas de elaboração e equipes com guardiões dedicados ao seu desenvolvimento.

ABSTRACT: This article aims to analyze the strategic importance of having an institutional strategic planning, particularly in the context of an alignment with the National Council of the National Public Prosecutor for the strengthening of the body. Will be of paramount importance to evaluate how it behaves strategic planning in the private sector and what need to bring it to the public sector. Finally we study decomposed on the strategic map of the Prosecutor of the State of Pará

KEY-WORDS: Balanced Scorecard (BSC). Public Administration. Public Management. Strategy. Planning. Financial and Tax Law.

REFERÊNCIAS

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/planejamento-estrategico-cnmp> . Acesso em: 10 de outubro de 2013.

KAPLAN, R. S.; NORTON, D. P. *A estratégia em ação:* balanced scorecard. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 1-231.

_____. *Organização orientada para a estratégia:* como as empresas que adotam o balanced scorecard prosperam no novo ambiente de negócios. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 8, 81.

KAPLAN, R. S.; NORTON, D. P. *Mapas Estratégicos:* Convertendo ativos intangíveis em resultados tangíveis. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 33-34.

MONTEIRO, P.R.A.; CASTRO, A.R.; PROCHNIK, V., *A Mensuração do Desempenho Ambiental no Balanced Scorecard e o Caso da Shell.* Artigo aceito para apresentação no VII Encontro Nacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente, FGV/USP, outubro de 2003. São Paulo.

PADOVEZE, C.L. *Controladoria Estratégica e Operacional*. Cengage Learning, 2007, p. 122-123.

PORTER, M.E. *Estratégia Competitiva: Técnicas para análises de indústria e da concorrência.* São Paulo. Campus, 2004, p. 3.

LINEAMENTOS SOBRE A NOVA DINÂMICA RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

João Gaspar Rodrigues*

RESUMO: O ensaio aborda a dinâmica resolutiva do Ministério Público brasileiro, fazendo um paralelo entre os dois perfis institucionais preponderantes: demandista e resolutivo. É posto em destaque também a inserção do Ministério Público como uma instituição moldada para defender os interesses, não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática. Dentro dessa nova conjuntura são analisados desafios e exigências, com o fim de realçar os novos rumos traçados pela instituição frente à expansão e ao aprofundamento do princípio democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público Resolutivo. Nova dinâmica. Expansão do princípio democrático. Desafios. Exigências.

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2 MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: CONCEITO. 3 CARACTERÍSTICAS DA DINÂMICA INSTITUCIONAL RESOLUTIVA. 3.1 **Proatividade**. 3.2 **Dinamismo**. 3.3 **Intersetorialidade.** 3.4 **Intercambialidade**. 3.5 **Planejamento.** 3.6 **Inovação.** 3.7 **Eficiência e gestão de resultados**. 4 BUSCA POR UMA IDENTIDADE PRÓPRIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO. 5 DIFERENÇAS ENTRE O MP DEMANDISTA E O MP RESOLUTIVO. 5.1 **Proatividade e reatividade**. 5.2 **Assunção e transferência de responsabilidade.** 5.3 **Proximidade e distanciamento da comunidade**. 5.4 **Perda e resgate de legitimidade democrática.** 5.5 **A forma de solucionar os problemas.** 5.6 **Trabalho criativo *versus* labor rotineiro.** 5.7 **Busca por resultados efetivos (ou socialmente relevantes) e a indiferença por resultados extraprocessuais.** 6 ESTRATÉGIAS DE CRESCIMENTO INSTITUCIONAL QUE PRIVILEGIAM O DEMANDISMO. 6.1 **Alegada hipossuficiência da sociedade e a função paternal da autoridade.** 6.2 **A prática de "ocupar espaços"**. 6.3 **Modelo de equiparação ao Judiciário (garantias, prerrogativas, vedações, estrutura e divisão funcional).** 7 CAUSAS QUE LEVAM AO MP RESOLUTIVO. 7.1 **Amadurecimento democrático da sociedade (expansão do princípio democrático).** 7.2 **Crise do Poder Judiciário.** 8 EXIGÊNCIAS E DESAFIOS TRAZIDOS PELO NOVO MODELO

* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Promotor de Justiça. Autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado,* Manaus:Valer, 1999; *Tóxicos...*, Campinas:Bookseller, 2001; *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro,* Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2007; *Segurança pública e comunidade: alternativas à crise,* Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009; *Ministério Público Resolutivo*, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2012.

RESOLUTIVO. 8.1 **Nova leitura do postulado da independência funcional. 8.2 Insuficiência de recursos materiais e humanos.** 8.3 **Novo regime de capacitação e mobilização dos agentes ministeriais.** 9 ÉTICA DOS RESULTADOS. 10 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Toda instituição precisa, de tempos em tempos, como uma espécie de regulamentação orgânica de seu próprio crescimento, de um trabalho de reconstituição e de reengenharia de sua estrutura e finalidades funcionais. Isso porque, como diz MacIver (1965, p. 123), uma estrutura política ou administrativa não é mais imutável do que uma estrutura orgânica; é um arcabouço sujeito a todas as forças que atuam na sociedade por ela abrangida. E o Ministério Público não se furta a essa contingência de repensar sua estrutura e sua trajetória dentro da sociedade brasileira[1].

O passado de lutas institucionais do MP para se firmar, constitucionalmente, como uma instituição indispensável para a sociedade brasileira, não pode, no momento de revisar sua estrutura e seus fins, ser esquecido. O seu passado, justamente porque passou, porque se passou com a instituição, continua existindo (integrado ao presente). E também, como observam T. Veblen (1934, p. 9) e Carl J. Friedrich (1972, p. 17), a mudança de padrões e pontos de vista é gradual; ela raramente resulta na subversão ou total supressão de um ponto de vista aceito no passado.

O MP Resolutivo não implica num combate irracional e iconoclasta ao perfil demandista da instituição (e nem poderia em face da Constituição). E sim num fortalecimento do perfil proativo, uma mudança necessária para preservar e não para destruir a própria natureza da instituição. É a junção do passado com o futuro, construindo o presente[2]. É vinho novo despejado em barril velho. Não se luta diretamente contra o passado, pois esquecido ou jogado fora, ele volta irremediavelmente. O futuro o domina quando é nutrido por ele, por suas lições. Não se busca, portanto, inventar um novo Ministério Público.

O presente é o resultado do entrelaçamento da tradição com o progresso, com a mudança necessária. Até mesmo na ciência, adverte Carl Friedrich (1972, p. 40), o progresso é condicionado pela tradição, não é possível fazer qualquer contribuição importante sem conhecer as realizações passadas.

---

[1] Uma instituição como o Ministério Público não deve recear ser reformada, aperfeiçoada em sua atuação funcional ou ter alguns conceitos submetidos a uma permanente revisão crítica, pois isso sugere que ela é imprescindível e capaz de ter uma estrutura mais eficiente. No dizer de Ortega y Gasset (1957, p. 148), "the best that humanly speaking can be said of anything is that it requires to be reformed, for that fact implies that it is indispensable, and that it is capable of new life".

[2] Para Ortega y Gasset (1987, p. 30), o presente é apenas a presença do passado e do futuro, o lugar onde efetivamente existe passado e futuro.

O passado tem uma razão, a sua. Se não lhe damos essa que tem, voltará para reclamá-la, e mais, para impor a que não tem (Ortega y Gasset, 1957, p. 95) com todos os seus sintomas mórbidos. O perfil puramente demandista da instituição tinha uma razão (e ainda tem)[3], e essa razão tem que ser dada *per saecula saeculorum*. Mas não tinha toda a razão, e essa que não tinha é preciso que lhe seja tirada. É por essa brecha que se insinua o atual elemento resolutivo: é o novo surgindo sobre os traços do antigo.

Não se busca construir uma nova instituição do Ministério Público, como se fosse algo absolutamente novo, sem passado, sem história, sem tradição. Como dizem R. MacIver (1965, p. 269) e B. Magee (1974, p. 74), nenhum admirável mundo novo pode ser construído *de novo*: a organização mais nova que possamos realizar, não importa quão audaciosos sejam seus experimentos, tem de ser uma continuação do passado e do presente, tal e qual a nova geração de homens é uma continuação dos que se foram antes. A ideia, portanto, de que é viável começar qualquer coisa do nada, sem dívidas para com o passado ou para com os semelhantes, é uma ideia completamente errônea.

Por outro lado também, a história ou o passado não determina o futuro, mas pode limitar ou excluir certas alternativas (Polin, 1972, p. 185). O passado demandista do MP, inscrito em cores fortes na Constituição e na legislação infraconstitucional não impede o desenvolvimento de um perfil resolutivo, mas limita a possibilidade de uma instituição exclusivamente resolutiva, dissociada da demanda judicial.

De qualquer modo, uma instituição flexível e dinâmica sempre está disposta a superar a si mesma, a transcender do que já é para o que se propõe a ser como dever e exigência social. O Ministério Público, enquanto instituição dinâmica, nunca está feito, ou está sempre se fazendo ou se refazendo. Como garantir, por exemplo, o progresso democrático do país? O simples processo de manter esse ambiente democrático já é, por si, extremamente complexo e recheado de sutilezas incalculáveis. Imagine-se, então, o que é necessário para alavancar o progresso, a evolução constante desse *élan* democrático. Daí, porque, qualquer instituição, a exemplo do MP, que tenha, por imperativo constitucional, uma responsabilidade direta, deve estar permanentemente preparada para as boas práticas exigidas pelo processo e progresso democráticos.

Este perfil resolutivo não se desliga do passado, não o nega, mas tende a ir adiante, atento às novas necessidades sociais e às circunstâncias históricas que apontam para um futuro certo. E fortalece-se com a perspectiva sombria de que o Ministério Público precisa assumir uma identidade própria sob pena de ficar, eternamente, orbitando o Judiciário (condicionando a eficiência de suas funções ao maquinário roto

[3] Ao enfatizar a relatividade entre tradição e modernidade ou o entrelaçamento de tradicionalismo e progressismo, Carl Friedrich (1972, p. 20) afirma que nada é bom só porque existiu por um longo tempo, assim como nada é ruim porque deixou de existir (ou de ser aceito em determinado momento).

ou emperrado da justiça), ou pior ainda, à deriva no *mare magnum* das instituições públicas sem rumo definido, sem um programa de ação, sem um projeto identitário[4].

Para se saber aonde vamos é imprescindível termos um caminho prefixado, uma trajetória predeterminada. E essa trajetória e esse planejamento devem ser traçados pelas gerações presentes que vivem o dia-a-dia do MP, não pelo passado ou por quem fez o roteiro do passado. Parafraseando Paine (2007, p. 15), como o MP e toda sua organização foram moldados para os vivos e não para os mortos, são somente os vivos que têm qualquer direito de nele interferir. Aquilo que pode ser considerado correto e conveniente numa época pode ser considerado errado e inconveniente em outra. Em tais casos, a quem cabe decidir, aos vivos ou aos mortos?

Não é fora de propósito lembrar as lições de John Stuart Mill (1964, p. 07) e Popper (1998, p. 81-142), para quem as instituições são obra dos homens (embora vez por outra se ignore a proposição), devendo a origem e a existência inteira (bem como o desenvolvimento) à vontade humana. Não acordaram os homens em manhã de estio para com elas deparar completas. Nem se assemelham às árvores que, uma vez plantadas, "estão sempre a crescer" enquanto os homens "estão a dormir". Em qualquer estádio da existência são o que são pela atuação voluntária do homem.

As instituições são como fortalezas. Devem ser bem ideadas e guarnecidas de homens. E elas, como alavancas, nos possibilitam fazer realizar qualquer coisa superior à força de nossos músculos. Como máquinas, as instituições multiplicam nosso poder para o bem e para o mal. Como máquinas, necessitam de supervisão inteligente por parte de alguém que compreenda seu modo de funcionar e, acima de tudo, seu objetivo, pois não as podemos construir para que trabalhem de todo automaticamente. Além do mais, sua construção e aperfeiçoamento requer certo conhecimento das regularidades sociais que impõem limitações ao que pode ser realizado pelas instituições.

A reengenharia do Ministério Público foi fruto de uma vontade institucional, um movimento de dentro para fora, pelo empenho de gerações de promotores que, em geral, mais acertaram que erraram. Como diz Arantes (2002, p. 15), foi um movimento endógeno o responsável por transformar a instituição num agente político independente dos outros Poderes do Estado, além de se tornar um instrumento de luta em defesa da sociedade democrática e não simplesmente do Estado.

A capacidade de inserção e de articulação social do MP[5] cresceu de tal forma, e por ter assumido tal proporção tropeça numa organização montada para demandar, exclusivamente, perante o Judiciário, dentro da qual já não cabe. É importante realçar, entretanto, que o passado puramente demandista do Ministério Público fez com que chegasse a essa nova etapa de sua vida institucional; mas, ao mesmo tempo, as estruturas

[4] Sem um plano ou uma estratégia identitária, o MP corre o risco de ficar à deriva, entregue à cega mecânica do demandismo.

[5] Essas características credenciam os membros do MP como excelentes "interlocutores institucionais" com ampla legitimidade deliberativa.

sobreviventes desse passado são insuficientes, por si sós, para a atual expansão resolutiva. E a instituição agora se vê obrigada não a abandonar esse velho perfil, mas a fortalecer um novo estilo de atuação, superando a si própria. E essa intuição, mais uma vez, nasce no seio da própria instituição.

2 MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: CONCEITO

O Ministério Público Resolutivo é um conceito comparativo e obtido por contraste, pois pressupõe uma relação com a outra face da moeda: o Ministério Público demandista. São dois perfis de necessária convivência, um sendo o complemento do outro. Não obtida a solução para um fato concreto pela atuação resolutiva ou extrajudicial, entra em cena o perfil demandista. E vislumbrada, previamente, a ineficiência de uma abordagem judicial, a atuação resolutiva assume importância decisiva e prioritária.

Essa forma binária de atuação do MP (demandista e resolutiva)[6] exige uma dupla interpretação. E não podemos aceitar que uma dessas formas possa nos parecer de um lado boa e de outro má. As circunstâncias de cada caso ou fato e as escolhas feitas para o devido enfrentamento responderão pelo triunfo ou fracasso do exercício funcional.

O Judiciário, para esse perfil resolutivo ministerial, assume o que sempre deveria ter representado: a *ultima ratio,* a última trincheira. A composição prévia e extrajudicial dos conflitos ou de eventuais violações à lei pelo Ministério Público insere-se no plano de ação resolutiva como a *prima ratio*.

A concepção estruturante desse novo perfil institucional, como diz Ortega y Gasset (1987, p. 49) em feliz imagem, não nasceu do ar, como as orquídeas, que se diz serem criadas no ar sem raízes. A ideia de uma instituição resolutiva surge como um desdobramento natural do amadurecimento democrático da sociedade brasileira, que torna o povo mais exigente de resultados e eficiência em relação às suas instituições e serviços públicos, bem como pela natural crise do Poder Judiciário em dar respostas à complexa litigiosidade atual.

Dadas as mudanças aceleradas e a sutileza dos problemas decorrentes, os conceitos herdados de algumas décadas revelam-se hoje inoperantes. Foram úteis para encontrar soluções de fato cem vezes menos sutis que as exigidas na atual conjuntura histórica. Maturescência democrática imersa num mundo globalizado e problemas complexos formam uma cultura que não se satisfaz com as fórmulas antigas. As condições atuais são cada vez mais difíceis e complexas, exigindo que os meios para enfrentá-las (e

[6] Na verdade, o perfil do MP pode ser, mais precisamente, dividido em três: demandista (propositor ou promotor de medidas judiciais), parecerista (atuação como custos legis em ações não promovidas pela instituição) e resolutivo (atuação extrajudicial). O perfil parecerista, focado na intervenção opinativa em alguns feitos cíveis, sofreu duro golpe com a Recomendação n. 16, de 28.04.2010, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

resolvê-las) sejam também perpassados por uma onda contínua de aperfeiçoamento e renovação.

O MP Resolutivo não se presta a uma definição rígida; trata-se de uma tendência e não de algo já concretizado. A definição perfeita só se aplica a uma realidade completa (Bergson, 1994, p. 13). A um *estado,* não a uma *tendência.*

Temperados por essas considerações, podemos, então, definir o MP Resolutivo como uma instituição que assume uma identidade proativa específica, atuando antes que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los sem a necessidade de acionar ou demandar, como *prima ratio*, a justiça.

3 CARACTERÍSTICAS DA DINÂMICA INSTITUCIONAL RESOLUTIVA

3.1 Proatividade

A postura proativa pode ser definida como a busca espontânea por novos paradigmas e boas práticas no ambiente de trabalho, equacionando e antecipando-se aos problemas, dentro de uma projeção de resultados que agregue valor aos fins institucionais. Seus principais atributos são: iniciativa, contínuo aperfeiçoamento, planejamento e superação de dificuldades.

O Ministério Público de perfil antigo (ou clássico, como queiram) se caracteriza por simplesmente reagir aos fatos sociais, aguardando que os fatos se tornem patológicos, conflituosos, para serem submetidos ao crivo judicial. É uma postura institucional reativa (inercial, fragmentária) a negar parcela valiosa de atribuições extrajudiciais do MP e que, claramente, se inspira no antigo art. 1º. da Lei Complementar n. 40/81:

"O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é **responsável perante o Judiciário**, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis...".

Esse entendimento responde por uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo (Barroso, 1996, p. 396).

Essa mentalidade reativa conta ainda com defensores (Costa Machado, 1998:74) e ainda prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania inclusiva no mundo globalizado. Além disso, o Ministério Público preponderantemente demandista, dependente do Judiciário, é um desastre, pois o Poder Judiciário continua a responder mal às demandas que envolvem os direitos massificados e os pleitos da cidadania (Goulart, 1998, p. 120; Almeida/Parise, 2005, p. 612; Sadek/Lima/Araújo, 2001, p. 41).

O caráter reativo bem como a instrumentalização do MP na tarefa de apaziguamento social são teses insustentáveis na atual quadra histórica e atreladas ainda a uma interpretação nostálgica da ordem jurídica destronada com a CF/88. Que o

Ministério Público é indispensável ao Judiciário, na realização do mister institucional deste (prestação da tutela jurisdicional), não há a menor dúvida (Rodrigues, 1999, p. 128; Porto, 1998, p. 17). Mas outras funções, tão ou mais importantes, são desenvolvidas extrajudicialmente, tanto que o próprio art. 127, da Constituição de 88 ao dizer que o MP é essencial à função jurisdicional do Estado, acrescenta-lhe a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, aspectos mais abrangentes e igualmente relevantes da vida de um Estado, que não são necessariamente desenvolvidos perante o Judiciário.

Quando instaura inquérito civil, fiscaliza fundações, prisões e delegacias de polícia, promove audiências públicas para discutir problemas comunitários ou ainda quando estabelece compromissos de ajustamento, nota-se que o Ministério Público alarga e extrapola a órbita judicial, daí ter dito o legislador constituinte menos do que devia, na medida em que a instituição também se revela essencial em tarefas não jurisdicionais a si incumbidas (Porto, 1998:17).

A fatia de atribuições extrajudiciais (um rol sempre crescente) tem obrigado a instituição a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutiva, em que passa a concentrar seus recursos e esforços na busca de respostas preventivas para os problemas comunitários. Ao invés de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com a submissão judicial), o MP passa a trabalhar para a solução dos próprios problemas em conjunto com a comunidade[7]. Neste novo perfil institucional, o promotor de justiça, como dizia Nietzsche (2004, p. 255), deve ser um *homem antecipador*, ou seja, deve se antecipar aos fatos, o que pressupõe uma nova atitude mental e uma renovada disposição para a ação.

3.2 Dinamismo

Dentro de uma sociedade estática, conservadora ou fixa, uma instituição burocrática e pesada pode sobreviver e até se revelar indispensável, pois não existem alternativas, e se existem, o caminho que leva até elas inexiste. Numa sociedade sem mudanças, o presente escraviza-se à reprodução do passado, os problemas são sempre os mesmos e as soluções passam de geração para geração, sem modificações apreciáveis. O espaço para a especulação e a crítica é limitado: a função do pensamento não é questionar, mas aceitar uma dada situação.

Num meio social dinâmico, entretanto, onde são criadas sem cessar novas tendências ou alternativas e em que as mudanças processam-se num ritmo alucinante, as instituições precisam ser flexíveis, dinâmicas e eficientes, pois se permanecem imobilizadas na tradição estão fadadas ao colapso. Como dizia Bacon (Uris, 1967, p. 218), aquele que não aplica novos remédios, deve esperar novos males. As soluções de hoje podem se tornar os problemas de amanhã, exigindo-se das instituições públicas

[7] Os mecanismos para isso existem às mancheias, e sempre surgem novos, engendrados por uma saudável cultura de inovação que se dissemina entre os membros do Ministério Público.

agilidade, flexibilidade e uma capacidade de adaptação às exigências modernas. E acima de tudo, espera-se que o foco institucional esteja voltado para eficiência e resultados.

Como diz C. Julien (1975, p. 117), "toda instituição que se torna puramente defensiva num mundo em que as condições de existência, as técnicas de produção, as ideias recebidas e as inspirações dos povos se transformam rapidamente e são alteradas pelo próprio ritmo de uma vida diária que se recusa a ser reduzida a um simples ritual, acaba morrendo". Diante da perene mudança dos assuntos humanos e sociais, com seus conflitos, inconvenientes e perigos sempre recorrentes, é necessário fazer frente por meio de novos recursos e artifícios a fim de que tudo siga, pelo menos, tão bem como anteriormente.

Esse ambiente social cambiante requer um perfil diferenciado de Ministério Público, não mais meramente demandista ou parecerista, e sim dotado da capacidade de buscar resultados (estando aberto a inovações e aperfeiçoamentos) e de enfrentar, se necessário, o caudal dos interesses econômicos e políticos. E para nadar contra a corrente, como parece ser da natureza histórica da instituição, ela deve contar com bons nadadores, ágeis, dinâmicos e resolutivos.

3.3 Intersetorialidade

A intersetorialidade ou transetorialidade consiste na articulação entre órgãos públicos, instituições e diversos outros setores da sociedade civil, integrando interesses, necessidades, conhecimentos (experiências) e poderes, com o fim de enfrentar os problemas sociais cada vez mais complexos. Implica numa forma nova de administrar, de governar e de moldar políticas públicas capazes de agregar todo o potencial cooperativo das estruturas sociais em prol dos objetivos definidos institucionalmente. Antes de ser um conceito teórico, a intersetorialidade é uma prática social voltada ao enfrentamento de problemas reais.

A necessidade de coordenação do Ministério Público com outros órgãos e entidades funda-se na perspectiva moderna do relativo descrédito do conhecimento cartesiano e setorial que já não consegue trabalhar com a multiplicidade de variáveis que tornam os problemas sociais impossíveis de uma leitura pela visão unilateral ou escoteira de uma instituição especializada. Cada instituição detém uma parte da verdade, das explicações, dos saberes, mas não da totalidade. Em relação a todas as técnicas que não pertecem à sua estrita área de atuação, o técnico é tão ignorante quanto o cidadão comum. A tecnificação do mundo tem como inevitável contrapartida certa extensão da ignorância humana. E quanto mais o saber-fazer se diferencia e aumenta em eficácia, menos é possível o controle intelectual do homem sobre o conjunto das operações que efetua ou das quais participa (Fougeyrollas, 1960:11/12).

O atual estágio da ciência exige uma nova visão de mundo, diferente e não fragmentada. A abordagem que analisa e tenta compreender o mundo em partes independentes já não funciona. Já não se pode prescindir de uma visão mais ampla,

integradora, global, para que a mente humana funcione de modo mais harmonioso no sentido de colaborar para a construção de uma sociedade mais ordenada, justa, humana, fraterna, estável e segura (Moraes, 1997:20; Behrens, 1999, pp. 383-403).

Há na sociedade, paralelamente, órgãos públicos e entidades da sociedade civil atuando isolados, em setores, sobre necessidades e expectativas sociais. Na segurança pública, por exemplo, temos de um lado, a polícia, o Ministério Público, o Judiciário, o sistema prisional, cada um com seus princípios, suas metas, suas estratégias, trabalhando sobre o mesmo fundo. E de outro lado, trabalhando sobre o mesmo tema, mas com princípios, estratégias e metas próprias, temos outros atores como associações diversas, entidades não governamentais de defesa dos direitos humanos etc. As forças, as experiências, os interesses embora ligados pela identidade do problema social, acabam dispersando-se e pulverizando-se em atuações isoladas, setoriais, em prejuízo de resultados produtivos, concretos e duráveis sob o pálio da cooperação, coordenação e intersetorialidade.

3.4 Intercambialidade

Todas as características da dinâmica institucional resolutiva se implicam e se interpõem. Para termos agentes ministeriais proativos, por exemplo, fazem-se necessárias três coisas: conhecimento sobre sua área de atuação, saber como os colegas trabalham e adquirir (ou trocar) experiências com eles. Os dois últimos pontos são impossíveis se não é estabelecido um diálogo institucional interno ou uma intercambialidade.

A Constituição ao dotar o Ministério Público de unidade e indivisibilidade (art. 127, **§ 1º**, CF)[8], possibilitou a qualquer agente ministerial que, ao atuar, impute sua vontade funcional à instituição (Carneiro, 1995, pp. 43-44). Qualquer ato praticado por um promotor ou procurador de justiça, no exercício de suas funções, automaticamente é atribuído ao Ministério Público. Não há dualidade de pessoas (ente curador dos direitos ou interesses – MP – e a pessoa que os exerce – membro) como na representação, legal ou voluntária. Há unidade: é uma só pessoa – a pessoa coletiva, a instituição – que persegue o seu interesse, mas mediante pessoas físicas – as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos[9].

Diante disso, seria extremamente traumática para a instituição a existência de tantos interesses ou vontades quantos fossem o número de membros a compô-la. Ou ainda, a justaposição de promotorias mais ou menos especializadas, sem diálogo e sem cooperação entre si. Não haveria convergência de energias, mas o caos anárquico e improdutivo conducente a uma espécie de anomia institucional. Os múltiplos agentes

[8] Sobre os aludidos princípios e o alcance conceitual vide Nogueira, 1992, p. 81; Sauwen Filho, 1999, pp. 209-210; Donizetti, 2009, p. 152.

[9] Diante desses princípios, talvez não seja correto dizer que entre a instituição do MP e seus membros estabeleça-se uma relação metassociológica de todo e parte. Essas equações tendem a se confundirem.

independentes devem repousar suas individualidades e idiossincrasias sobre um núcleo irredutível que confira uma base segura para o desempenho linear das funções da instituição[10] e não sobre fatores irracionais que interferem no curso da ação individual. Esse núcleo não é outro senão a ordem jurídica e o diálogo institucional.

O diálogo institucional ou a solidariedade interna entre os agentes do Ministério Público, com delimitação precisa de atribuições, disposição de atuar em conjunto e uma interação funcional sujeita a princípios, normas e regras, onde cada órgão pode complementar a atividade do outro, é o passo decisivo para uma gestão fundada no resultado. Isso porque a reunião de uma série de energias (os diversos membros numa instituição) gera um somatório razoável, mas a multiplicação dessas energias reunidas só é possível se entre elas estabelece-se um diálogo ou uma forma de comunicação produtiva.

As múltiplas promotorias especializadas com suas respectivas atribuições especializadas de uma grande comarca representam a expansão, por imperativo das dimensões demográficas, da promotoria solitária e conglobante de uma comarca pequena. A promotoria única com seu promotor titular engloba em si todas as especialidades de um grande centro: proteção ao idoso e às pessoas portadoras de deficiência, infância e juventude, criminal (acidentes de trânsito, drogas, Júri, violência doméstica, execução penal etc), família, meio ambiente e urbanismo, fazenda pública, proteção ao consumidor, patrimônio público, cidadania, registro público, acidente de trabalho etc.

Numa promotoria única todas essas atribuições são exercidas por um único agente. O diálogo e a intercomunicação entre elas (atribuições) são fundamentais para aferir os resultados alcançados pelo Promotor de Justiça. E seria impensável, para o êxito funcional, que o promotor não vislumbrasse uma continuidade e uma interlocução entre suas diversas atribuições[11]. Nos grandes centros e comarcas a mesma questão é posta: necessidade de diálogo e intercomunicação entre as diversas atribuições. Mas em tal contexto especializado estabelecem-se espaços isolados infensos ao diálogo e ao cooperativismo (numa espécie de *integração horizontal*). A multiplicidade de agentes, de ideias e de percepções aliada a uma deficiente estruturação normativa resulta num caos funcional e em tremenda dissipação de energia e dinheiro público.

Esse caos ou anarquia funcional reduz a eficiência, a eficácia e a efetividade das funções ministeriais. As diversas forças e energias da instituição, que numa promotoria genérica são convergentes, nas diversas promotorias especializadas são divergentes e dissipadas em atuações estanques e descontínuas. As informações de uma promotoria

[10] Agindo conjuntamente sobre o mesmo objeto (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis), os membros do MP coordenam as suas condutas e a conduta total passa a possuir uma unidade análoga à de um grupo de músculos num movimento coordenado (Siches, 1968, p. 427).

[11] Um único agente é capaz de ser mais unificado em seus atos do que um grupo, e muito mais unificado do que vários grupos cooperando uns com os outros (Keller, 1967:110).

não são acessíveis, em tempo real, por outra promotoria. E, com isso, muitas vezes, ocorrem conflitos positivos ou negativos de atribuições, cujo deslinde tardio representa pesado golpe no perfil *resolutivo* da instituição.

O Ministério Público se debate, na prática, entre a independência funcional de seus agentes moldando um corpo heterogêneo, desunido, flutuante e de curso instável, ao sabor das idiossincrasias de cada um e, de outro lado, com a necessidade do diálogo institucional interno plasmador de um corpo uno e homogêneo, atuando sob o signo de uma energia convergente. Na disputa entre esses dois pólos, temos o desperdício de recursos públicos e muita energia coletiva (cujo símbolo, por exemplo, são os eternos conflitos de atribuições, em regra, negativos), resultados que não atendem ao interesse público em tempos de orçamentos curtos e busca ansiosa por eficiência e resultados.

Para alcançar esse diálogo institucional alguns desafios devem ser postos claramente: I- criação de condições efetivas para os órgãos de execução e de administração atuarem como uma equipe (com **unicidade de propósitos**), estabelecendo uma rede estreita de vínculos e compromissos; II- estabelecimento de condições para enfrentar diferenças internas criando motivação para ações cooperadas; III- extrair da interação entre os órgãos cooperantes soluções capazes de mudar a realidade (retroalimentando a aliança orgânica); IV- eliminação ou expurgo da cultura burocrática avessa ao diálogo e ao agir compartilhado (que pressupõe uma atitude mental absolutamente nova[12]); V- aumento das redes de comunicações formais (relatórios, circulares, memorandos, reuniões etc) e redução das informais (Lapassade/Lourau, 1972, p. 103).

Debates, estudos, intercâmbio de informações, realização periódica de congressos (estaduais, regionais e nacionais) reunindo a categoria, assim como as campanhas internas para os cargos eletivos dos órgãos superiores e da associação de classe criam espaços de formulação e discussão de temas jurídicos e problemas institucionais (Silva, 2001, p. 130). Essas atividades geram um discurso próprio à categoria e, em consequência, um diálogo permanente.

3.5 Planejamento

É certo que o MP ainda goza de amplo prestígio social, mesmo contando com um modelo de atuação antigo e claramente superado (demandista), e um novo que ainda luta para se impor na mentalidade dos membros (resolutivo). Esse prestígio social deve-se mais ao êxito de iniciativas individuais de agentes ministeriais do que como decorrência natural de um modelo de gestão baseado num planejamento estratégico.

A instituição não pode avançar rumo ao futuro sobre os velhos trilhos de tentativa e de erros, típico modelo de um passado recente. Impõe-se um planejamento

[12] Thoreau, o curioso naturalista/filósofo americano, de modo perspicaz achava que as reformas materiais de nossas instituições não se realizariam sem que houvesse, preliminarmente, uma reforma interior do indivíduo e que, se esta última se realizasse, a primeira passaria a ser supérflua (Dreiser, s/d, p. 169).

estratégico-institucional capaz de assegurar uma justa correspondência entre as demandas ou expectativas sociais e os resultados apresentados pela instituição.

3.6 Inovação

A inovação pode se referir a uma ideia, método ou objeto concebido que foge aos padrões anteriores, às fórmulas consagradas. No caso do Ministério Público, a postura inovadora pode ser definida como a capacidade de fazer mais e melhor (com ganho de eficiência) com menos recursos, na prestação de serviços afetos à instituição.

No perfil demandista, o poder de inovar da instituição sofre grande limitação, pois o membro acaba confinado à função passiva de acompanhar fórmulas processuais e acaba desenvolvendo um trabalho rotineiro, mecânico e burocrático. Além disso, os problemas são submetidos a um estreito exercício intelectual (a clássica lógica legal-racional) e há uma solene indiferença por resultados extra-autos.

O verdadeiro espaço que se abre ao inovadorismo institucional é o modelo resolutivo, em que o agente ministerial assume a responsabilidade pela condução de problemas complexos sem fórmulas pré-definidas para a solução. Nesse roteiro, o agente ministerial desenvolve um trabalho criativo, pragmático, detendo o domínio de seu curso e buscando resultados socialmente relevantes.

3.7 Eficiência e gestão de resultados

Os membros do MP, até pela forma rigorosa de seleção a que se submetem para ingressar na instituição, detêm um invejável cabedal jurídico e cultural. Na função também passam a deter prerrogativas e dispor de mecanismos jurídicos aptos a serem utilizados para tentar mudar a realidade de sua comarca, para tentar criar coisas que façam a diferença e não apenas para executar um trabalho burocrático (apresentando-se à sociedade como um ramo especializado da burocracia). Assumem o supremo desafio de aplicar a lei em uma sociedade submetida a rápidas e constantes transformações[13].

As necessidades sociais, os modos de vida, a organização das relações entre os homens evoluem e evoluirão sem cessar segundo o progresso das ciências e das técnicas14. Como diz o sociólogo alemão Leopold von Wiese (1932:41), a "eterna mudança das coisas só permite o surgimento de fenômenos circunstancialmente condicionados", ou seja, que se submetem ao vai-e-vem histórico. Neste movimento dialético, tensões e conflitos são constantes. Iniciativas e ajustes, igualmente, surgem como necessários a cada estágio (Marchais, 1974, p. 25). E é nesta etapa que a atuação do membro do MP pode ser muito útil à sociedade.

[13] Sociedade a que Hermann Heller (1968, p. 235) apropriadamente designa de "sociedade de mutação".

[14] Devido ao progresso do pensamento e do conhecimento e ao aumento do domínio sobre as forças do mundo físico, passaram a existir novas possibilidades de crescimento, dando origem a novas exigências que devem ser satisfeitas, se não se quiser frustrar aqueles que as manifestam (Russell, 1958, p. 13).

Instituições como o Ministério Público tendem a enfraquecer e estiolar-se quando fracassam em satisfazer os anseios de justiça e de liberdade dos homens. Assim, no dizer de Bertand Russell (1958, p. 15-16), se se quiser o desenvolvimento de uma sociedade orgânica, é necessário que as nossas instituições sejam fundamentalmente transformadas de molde a representarem esse novo respeito pelo indivíduo e pelos seus direitos, exigido pelo sentimento moderno.

O direito, instrumento que é dado ao Ministério Público manusear, nasce da vida e à vida serve[15]. E a vida é um complexo homogêneo de funções: fisiológicas, psíquicas, sociais, assim como físico-químicas, que se defronta constantemente com novos problemas a exigir novas soluções. O direito, e por via de consequência, o Ministério Público, não pode, diante dessa realidade cambiante, ser apenas um instrumento de estabilização e de ordem[16]. Assume, por imperiosa necessidade da vida, uma função revolucionária: mudar para preservar ou resgatar uma ordem justa.

O Direito guarda uma inocultável vocação pragmática, estando predisposto, como instrumento da sã racionalidade humana, a resolver e equacionar problemas. Não se fazem leis pelo prazer bizantino de fazê-las[17], mas para montar esquemas práticos de proteção de interesses e anseios legítimos dos cidadãos.

Um sistema jurídico não é montado com o fim de ser apreciado em seus detalhes teóricos ou sutilezas estéticas, mas para lidar com questões práticas e funcionais, criar normas de regulação do convívio humano, propiciar a resolução justa de conflitos, garantir a adoção de medidas ordenadoras etc. O *ethos* do Direito é profundamente pragmático e utilitário.

Para evitar a terrível acusação de um jurista americano de que o "direito é apenas um mecanismo vazio, desprovido de conteúdo específico próprio e recebendo seu conteúdo das várias instituições não-jurídicas" (Hall, n/d, p. 111), o Ministério Público, como um dos principais aplicadores e intérpretes do Direito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social dentro de uma cultura de inovação e de contínuo reajuste. E para isso é preciso sair dos gabinetes e encontrar com o Direito nas ruas, deixando de ser apenas um feixe de competências a serviço do Estado (Foucault, 1979:09).

---

[15] Não sem razão Carlos Maximiliano, citando Jean Cruet, diz: "A jurisprudência é um perpétuo comentário, que se afasta dos textos ainda mais porque é, malgrado seu, atraída pela vida" (s/d, p. 69).

[16] O direito embora condicionado pelas realidades (cultural, econômica, social e política) do meio em que se manifesta, age também como elemento condicionante. Há uma ativa interação entre todos os componentes de um complexo cultural. Cada um desses componentes ou elementos que exercem influência na vida social são, ao mesmo tempo, condicionante e condicionado. Assim, por exemplo, o fenômeno jurídico é, por esse modo, reflexo da realidade social circundante, mas também fator condicionante dessa realidade.

[17] Diz textualmente Sieyès (1988:04-05): "Não se fazem leis pelo prazer de fazê-las…O legislador é estabelecido não para conceder senão para proteger nossos direitos". O direito deve ser entendido como uma regulação predominantemente útil (Zippelius, 1997:31; Ferrara, 1987:130).

Chegado a esse ponto, percebemos, claramente, que o Ministério Público se debate entre dois tipos ideais de promotor: *promotor de gabinete* e *promotor de fatos*. O primeiro tipo pode ser definido como aquele que, embora utilize procedimentos extrajudiciais no exercício de suas funções, dá tanta ou mais relevância à proposição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos processos judiciais dos quais está encarregado. Detalhe: o promotor de gabinete não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização de organismos governamentais e não governamentais. O segundo tipo, o promotor de fatos, conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas à sua área, dá tanta ou mais importância ao uso de procedimentos extrajudiciais, mobilizando recursos da comunidade, acionando organismos governamentais e não governamentais e agindo como articulador político (Silva, 2001, p. 134-135).

Por fim, pode-se dizer que uma gestão da atividade-fim do Ministério Público para alcançar resultados (um Ministério Público resolutivo) deve apresentar algumas características ou adotar certas medidas: I- uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados, pondo destaque na formação de agentes de iniciativa e de mente aberta que escutem com interesse ideias novas; II- introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução; III- inserção de uma nova mentalidade onde o promotor possa perceber que entre as atribuições constitucionais e a lei tem um significativo espaço para definir suas prioridades e criar métodos de trabalho (Silva, 2001, p. 127); IV- estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação. V- criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

4 BUSCA POR UMA IDENTIDADE PRÓPRIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO

A consolidação do perfil resolutivo do MP, além de conferir maior agilidade na resolução dos conflitos sociais, empresta uma identidade própria à instituição. Doravante, o MP não se faz conhecido ao povo somente pelo atuar processual, alimentando na cabeça do vulgo a falsa crença de que não passa de um apêndice (passivo) do Judiciário. Esse conjunto de ideias e de práticas que acompanha a dinâmica resolutiva da instituição tem a força de deslocar o centro de gravidade do Ministério Público para si mesmo, afastando-o da dependência ou submissão a elementos extrínsecos e colocando em suas mãos o curso de seu destino.

Estimular e aperfeiçoar os mecanismos resolutivos conquistados pela instituição pode propiciar que ela, por conduzir seus próprios procedimentos e ter o domínio sobre o curso a ser atribuído a cada um, tenha um maior conhecimento sobre suas estruturas e seus mecanismos de ação. Este autoconhecimento institucional implica em um maior fortalecimento no desempenho das atribuições conferidas pela Constituição, pois não

pode ser senhor de si e de suas ações quem antes não se compreende. E aqui não podemos esquecer a clássica lição do maior dos estrategistas:

"If you know the enemy and know yourself, you need not fear the result of a hundred battles. If you know yourself but not the enemy, for every victory gained you will also suffer a defeat. If you know neither the enemy nor yourself, you will succumb in every battle" (Tzu, 2003, p. 18)[18].

5 DIFERENÇAS ENTRE O MP DEMANDISTA E O MP RESOLUTIVO

MP Resolutivo	**MP Demandista**
Proativo	Reativo
Assunção de responsabilidade	Transferência de responsabilidade
Proximidade com o cidadão	Distanciamento da comunidade
Resgate da legitimidade democrática	Perda de legitimidade democrática
Problemas complexos e sem uma fórmula pré-definida	Problemas submetidos a um exercício intelectual (lógica legal-racional)
Trabalho criativo e pragmático	Trabalho rotineiro e formal
Unidade de ação e domínio de seu curso	Ação difusa, mecânica e burocratizada
Busca por resultados ("fazer a diferença")	Indiferença por resultados extra-autos (ou extraprocessuais)
Art. 127 da CF: Ao MP incumbe: "...a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".	Art. 1º. da LC n. 40/81: "O MP, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é **responsável perante o Judiciário**, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis...". Art. 127 da CF: "O Ministério Público é instituição permanente, **essencial à função jurisdicional do Estado**...".

[18] Tradução livre: "Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, você não precisa temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece, mas não o inimigo, para cada vitória ganha você sofrerá também uma derrota. Se você não conhece nem o inimigo nem a si mesmo, você sucumbirá em cada batalha".

5.1 Proatividade e reatividade

O Ministério Público de perfil demandista se caracteriza por simplesmente reagir aos fatos sociais, aguardando que os fatos se tornem patológicos, conflituosos, para serem submetidos à apreciação judicial. É uma postura institucional reativa (inercial, fragmentária) a negar parcela valiosa de atribuições extrajudiciais do MP e que se inspira no antigo art. 1º. da Lei Complementar n. 40/81:

"O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é **responsável perante o Judiciário**, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis...".

Ultimamente, a instituição tem sido obrigada a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutiva, em que seus recursos e esforços são concentrados na busca por respostas preventivas para os problemas comunitários. Ao invés de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com o crivo judicial), o MP passa a trabalhar para a solução dos próprios problemas em conjunto com a comunidade. Neste novo perfil institucional, o promotor de justiça assume um caráter *antecipador*, ou seja, passa a se antecipar aos fatos, nutrindo uma nova atitude mental e uma renovada disposição para a ação.

5.2 Assunção e transferência de responsabilidade

O MP demandista funciona como uma correia de transmissão: simplesmente transmite o conflito social às mãos do Judiciário. E ao transferir perde, sensivelmente, o controle do curso e do tempo da ação para solucionar o conflito, submetendo-se aos mecanismos emperrados da máquina judiciária.

Além disso, assume uma postura burocrática de "evitar responsabilidades" (*shuns responsibility* – MacIver, 1965, p. 241), refugiando-se por trás da máquina do Judiciário. Duas situações podem ocorrer: a justiça soluciona a contento o conflito ou não. Em ambas as situações, o promotor demandista, de forma oportunista, obterá alguma vantagem. Se o resultado for ineficiente (sem relevância social), terá um bode expiatório ao alcance da mão (a ineficiência judicial); se obtiver êxito na demanda, colherá os frutos de uma demanda iniciada por ele.

Já o perfil resolutivo assume, primariamente, a responsabilidade de conduzir um conflito com o objetivo de encontrar-lhe a solução mais adequada.

5.3 Proximidade e distanciamento da comunidade

O promotor resolutivo, por lidar com problemas cuja abordagem não conta com uma fórmula pré-definida, tende a dialogar mais, a buscar soluções que têm na persuasão um elemento importante, e, por isso, sua proximidade com o cidadão e com a comunidade é maior.

O grande mérito de uma autoridade democrática é fazer com que o poder que lhe é atribuído tenha sua maior expressão na persuasão. As sociedades democráticas impõem um esforço justificativo especial por parte daqueles que exercem o poder. O

mero argumento de autoridade já não satisfaz no âmbito de uma cultura que desconfia do poder e que se nutre do pluralismo (Vigo, 2010, p. 56). E no dizer de B. Russell (1949, p. 139), o derradeiro objetivo de qualquer reformador que tenha em vista a liberdade só poderá ser atingido mediante persuasão. A tentativa de impor-se a liberdade pela força (ou *naked power*, na definição do próprio Russell, 1948, p. 39) sobre aqueles que não desejam aquilo que consideramos liberdade, terá sempre de constituir um fracasso.

Em toda sociedade há um elemento de força e um elemento de persuasão, e onde seu progresso e desenvolvimento dependem mais da persuasão e menos da força, temos uma melhor sociedade (Murray, 1941, p. 50), dada a perspectiva factível de minimização dos conflitos.

Não há espaço na arena jurídica, ensina Atienza (1991, p. 25), para o determinismo metodológico (em que as decisões jurídicas não precisam de uma justificação, porque procedem de uma autoridade legítima ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais), nem para o decisionismo metodológico (em que as decisões jurídicas não podem ser justificadas, já que são puros atos de vontade). Exigem-se hoje, em tempos de expansão do princípio democrático, razões justificativas (e não meramente explicativas) onde sejam identificados os valores que tornam a decisão correta, boa e conveniente para uma dada situação.

A aplicação pura e simples da lei sem uma justificação especial, através de meios judiciais, conquista a submissão do cidadão pelo temor da pena, mas não conquista a cooperação ativa.

O agente demandista, por conta dos ritos e da linguagem que envolvem os processos judiciais, sem falar na ambiência solene e formal, cava um abismo entre si e a comunidade. Esse distanciamento e desconexão entre o agente ministerial e o sistema social resulta numa deformada e insuficiente resolução dos conflitos de uma sociedade democrática pós-moderna.

5.4 Perda e resgate de legitimidade democrática

O confinamento do promotor em seu gabinete, em torno de prazos e procedimentos mecânicos, torna-o, na prática, um burocrata sem responsabilidade perante a população. Essa burocratização da instituição ministerial afasta-a, cada vez mais, dos parâmetros democráticos. O perfil resolutivo reaproxima os membros da comunidade e de seus problemas, possibilitando o resgate da legitimidade democrática.

5.5 A forma de solucionar os problemas

O Ministério Público demandista encaminha os problemas como num jogo de palavras cruzadas: junta os fatos na horizontal e aguarda as soluções na vertical, num estreito exercício intelectual guiado por fórmulas processuais, mais ou menos mecânicas, num trabalho rotineiro e irracionalizador. A vertente resolutiva da instituição lida com problemas complexos (pois ainda não reduzidos à procedimentalização oficial), carentes

de uma abordagem uniforme e ortodoxa e, por isso mesmo, a exigir um trabalho criativo de diálogo e de persuasão, uma nova forma de gestão e de resolução.

5.6 Trabalho criativo *'versus'* labor rotineiro

Os conflitos conduzidos pelo MP resolutivo são abordados de forma criativa na busca por uma solução substancialmente adequada (relevante socialmente). O agente ministerial resolutivo está especialmente obrigado a ser hoje mais inteligente que ontem e amanhã mais que hoje, a reprimir seus preconceitos, suas limitações e estreitezas intelectuais. Se não houver uma determinação em dar maior evidência, concreção e elegância às atitudes e pensamentos aplicáveis ao exercício de uma função pública fecunda, tudo será em vão.

O perfil demandista contenta-se com respostas processuais, mediante análise rotineira e formal de questões procedimentais. E tudo quanto se torna rotineiro perde, por uma lei universal, segundo Mill (1964, p. 78), o princípio vital e, não possuindo mais espírito atuante diante de si, continua a girar mecanicamente embora a obra a que se destina fique por fazer.

De fato, esse caráter mecânico e infrutífero se revela em muitas ações submetidas à justiça que acabam extintas sem a resolução do mérito, ou seja, não solucionam, efetivamente, o conflito. Isso significa que o Judiciário embora tenha como função "decidir" o conflito, na maioria das vezes não o elimina, a "obra fica por fazer".

5.7 Busca por resultados efetivos (ou socialmente relevantes) e a indiferença por resultados extraprocessuais

O Ministério Público puramente demandista nunca se preocupou em alcançar resultados socialmente relevantes, conformando-se com os prazos e os resultados processuais. O problema é que a estatística e os números processuais (tanto na área cível quanto na criminal) podem impressionar pela quantidade, mas não repercutem, na forma devida, nos complexos problemas sociais[19].

E por que nas duas décadas seguintes à Constituição, a instituição não despertou para o problema? Isso porque as gerações de agentes ministeriais nutridas por esse modelo não se imaginavam dentro de uma estrutura política maior e cooperativa, com uma responsabilidade sociopolítica bem definida. E com essa postura indiferente, burocrática e mecânica, o MP brasileiro, desde a Constituição de 88 (que em suas disposições já houvera dotado a instituição de uma nova roupagem), contraiu uma séria dívida política com a sociedade brasileira: a de participar ativamente na solução dos problemas sociais que afligem dita sociedade, como insegurança pública, degradação

[19] Nesse ponto ainda assiste razão a Herbert Spencer (1908, p. 68) quando diz que o Estado, nos pleitos, se preocupa mais em atender as regras do combate (normas processuais) do que fazer justiça à parte lesada (solucionar ou eliminar o conflito).

do meio ambiente, corrupção política, caos na saúde e na educação, ineficiência na prestação dos serviços públicos etc.

Essa dívida só começará a ser solvida quando o perfil resolutivo da instituição (já indicado na CF/88, art. 127, *caput*) for efetivamente consolidado na prática diária dos milhares de promotores de justiça espalhados pelo país. Dotada desse *elan* resolutivo, a instituição terá condições de lutar por resultados substancialmente relevantes para a sociedade. Mas para isso precisa se colocar, efetivamente, dentro da estrutura política do Estado.

6 ESTRATÉGIAS DE CRESCIMENTO INSTITUCIONAL QUE PRIVILEGIAM O DEMANDISMO

6.1 Alegada hipossuficiência da sociedade e a função paternal da autoridade

Durante os trabalhos constituintes, o MP trabalhou com a hipótese da hipossuficiência da sociedade brasileira para conseguir mecanismos importantes na sua tutela. Conseguiu, inclusive, impedir a criação do *ombudsman,* sob o argumento de que já existia uma instituição apta a desempenhar as mesmas funções, o próprio Ministério Público. A partir da Constituição de 1988, conforme constata Arantes (2007, p. 327), veio se construindo no Brasil uma espécie de subsistema jurídico, caracterizado pelo surgimento de novas leis que substituem a titularidade individual pela titularidade supraindividual de direitos e por meio do qual o MP vem se transformando em órgão *tutelar da sociedade*.

O Estado democrático é extremamente expansivo[20] e com pouco senso de responsabilidade histórica, pois tende a exercer uma tutela sobre a sociedade e o indivíduo só comparável ao Estado totalitário. Até mesmo o antigo Estado absoluto, como diz Ortega y Gasset (1987, p. 130), respeitava instintivamente a sociedade. Essa tendência tutelar busca fortalecer o Estado democrático à custa da sociedade e do indivíduo, e para isso, a estratégia é interferir (e restringir) em suas esferas próprias e autônomas. É a criatura nutrindo-se dos criadores.

Quando o Estado ou suas instituições (Ortigão, 1888, p. 136) se constitui protetor ou tutor universal da sociedade torna-se objeto de uma superstição grosseira e perigosa. A fé posta na proteção do Estado é uma derivação da fé no milagre. Essa fé dissolve todas as aptidões, todas as iniciativas, todas as forças de uma sociedade.

Há uma firme crença de que o Estado democrático ao corresponder ao desejo da maioria deve conceder remédio a todas as misérias humanas, de qualquer espécie que sejam. E nestas circunstâncias de aliviar todas as dores, não ocorre a ninguém em pensar se existem outros meios ou recursos para evitar algumas delas ou se aquelas tratadas em cada caso concreto, efetivamente receberam o melhor tratamento (um

[20] "Todo poder político, seja tirânico ou democrático, é por essência, expansivo" (Gadamer, 2001, p. 90).

tratamento compatível com a situação dada). E é claro que a intervenção do Estado a cada desvirtuamento ou miséria da sociedade ou do indivíduo gera uma espécie de círculo vicioso: à medida que aumenta a intervenção governamental, mais se fortalece o pensamento de sua necessidade e com mais insistência pede-se a sua extensão. Instala-se uma espécie de "estatolatria".

E essa "estatolatria", vertida no vezo de acionar o Estado para solucionar todo e qualquer problema, acaba tornando a estrutura estatal pesada e ineficiente, pois, como diz Spencer (1977, p. 38), a cada nova regulamentação (ou intervenção) implica a nomeação de novos servidores, aumento da burocracia e do poder dos órgãos administrativos.

A doutrina do estatismo (no caso do MP, o demandismo) implica a estatização da vida, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado, ou seja, a anulação da espontaneidade histórica, que definitivamente sustenta, nutre e impulsiona os destinos humanos. Quando a massa se sente insatisfeita, ou simplesmente tem algum forte desejo, é para ela uma grande tentação essa possibilidade permanente e segura de conseguir tudo – sem esforço, luta, dúvida ou risco -, sem precisar fazer nada além de apertar a mola e ligar a portentosa máquina estatal (no caso, representar ou requerer ao Ministério Público).

Para os defensores do estatismo (Hobhouse, 1927, p. 136), os diretores da democracia são criaturas ignorantes que podem ser arrastadas facilmente pelo caminho que devem seguir, como se fossem ovelhas. A arte de governar consiste em conseguir que os homens façam o que querem as inteligências diretoras, sem que saibam, realmente, o que estão fazendo, conduzindo-lhes sem mostrar-lhes o fim perseguido até que seja já demasiado tarde para voltar atrás.

Essa teoria concebe os homens como conglomerados de seres pessimistas e débeis, a que se deve tratar protetoramente. O Estado não pode ser um narcótico paralisante das ações individuais produtivas, mas um estímulo para o esforço pessoal.

A noção de que a sociedade precisa ser tutelada é uma dessas verdades parciais que levam a erros totais, como o de que o povo ainda não está maduro para viver a democracia plenamente. Daí admitir pré-condições para o exercício da democracia é um desdobramento lógico fácil de alcançar e de aceitar.

Qualquer corpo social cuja autonomia seja permanentemente substituída pela autoridade paternalista é mantido num estado perpétuo de infância e dependência. Consequentemente, se as decisões coletivas sempre forem tomadas por autoridades paternalistas isso significa, muito claramente, que, no âmbito dos negócios públicos, as pessoas jamais sairão da infância política e jamais obterão cidadania plena.

A tutela da sociedade pelo Estado (entenda-se, suas múltiplas instituições) ou uma autoridade de tipo paternal pode até ser legítima, desde que seja provisória e parcial, principalmente em sociedades desassistidas econômica e socialmente (ou imaturas). Isso porque o fim principal dessa tutela é proporcionar a capacidade da sociedade de

dirigir-se a si mesma. Se a autoridade estatal prolonga-se para além da época prevista para o seu desaparecimento, falha em alguma coisa; se ela própria prolongar-se, e para tal se organiza, pratica abominável abuso. O uso desse poder tutelar (*função paternal da autoridade,* no dizer de Y. Simon, 1955, p. 16) tem caráter substitutivo e pedagógico e, portanto, aspira ao próprio desaparecimento.

Em relação ao bem próprio, quer do indivíduo quer do grupo, a possibilidade de autogoverno determina o desaparecimento da autoridade; e a possibilidade de progresso em direção ao autogoverno cria, para a autoridade, a obrigação de encaminhar-se em tal sentido. A indevida procrastinação do autogoverno nunca pode escusar-se com a invocação do princípio de autoridade de tipo paternal, no qual se inclui um requisito: o de gerar a autonomia. Na medida em que um governo (em todos os seus setores) exerce autoridade paternal, é tranquilamente certo afirmar-se que o melhor governo é o que menos governa (Simon, 1955, p. 23). O exercício bem sucedido da autoridade está em condições de desaparecer ou ter reduzido seu alcance.

O dinamismo da autonomia, contido na essência do estatismo ou da autoridade paternal, conforma-se ao espírito democrático, mas seu alcance ainda é maior, pois é traço comum a todo governo justo, democrático ou não. Um regime democrático que procede de acordo com a justiça não pode exercer autoridade do tipo paternal sem se dedicar, ao mesmo tempo, e de forma completa, ao esforço de criação da autonomia. Mas um regime não-democrático, desde que justo, não agirá diferentemente. É uma questão de justiça, não de democracia, a extinção da autoridade paternal por força da possível realização da autonomia (pessoal e coletiva).

O estatismo é precário e um sucedâneo à autorregulação social, e não oferece meios eficientes para uma educação cívica do povo. Isto só vivendo a democracia, pois é o ambiente democrático o melhor educandário para o povo, onde ele passará a aprender dentro do próprio processo democrático, tornando-se responsável por seu destino; sem vivência democrática não se formará no povo a ideia do que seja democracia (os hábitos democráticos, só praticando, se adquirem), o que, similarmente, ocorre com o cego de nascença que não tem a noção de cor, nem o surdo a dos sons, e que experimentam um choque quando pela primeira vez são expostos a tais sensações. Bom ou ruim, o som e a cor devem ser experimentados pelo indivíduo falto de sensibilidade apurada, assim como a democracia, pelo povo carecido de condições ideais de cultura ou de riqueza.

A prática democrática com seus desdobramentos procedimentais (igualdade política, sufrágio universal, participação efetiva etc.) é tão importante que chega a neutralizar diferenças de capacitação intelectual. Para esta neutralização basta que seja conferido um considerável relevo à informação e à discussão dos negócios públicos, com exposição clara das questões para possibilitar um entendimento perfeito por parte do cidadão participante.

Se a melhor ordem política é aquela na qual os membros ganham, individual e coletivamente, maturidade e responsabilidade ao enfrentar escolhas morais, isso significa

que eles devem ter a oportunidade de agir com autonomia. Assim como a autonomia individual necessariamente inclui a oportunidade de errar, bem como a de agir corretamente, isso também se aplica a um povo. Na medida em que um povo é privado da oportunidade de agir com autonomia e é governado por guardiães (instituições como Ministério Público, Judiciário etc.), ele tem menos probabilidade de desenvolver um senso de responsabilidade por suas ações coletivas. Na medida em que é autônomo, ele pode às vezes errar e agir injustamente (Dahl, 2012, p. 306), mas com o tempo aprenderá a agir com responsabilidade e justiça.

Ao adotar a hipossuficiência da sociedade para se arvorar em seu defensor legítimo, o Ministério Público adotou uma política institucional de vistas curtas e fortaleceu o estatismo, implícito em tal doutrina (retardando o ímpeto emancipatório da sociedade brasileira), e privilegiou o seu perfil demandista, pois era a vitrine que, na época, melhor o expunha aos olhos da sociedade.

Todavia, a emancipação da sociedade civil da autoridade paternal ou do estatismo libera energias novas, para cujo domínio requer-se um revigorado esforço e uma nova mentalidade institucional. E essa nova mentalidade parece ser a via que leva ao Ministério Público Resolutivo.

6.2 A prática de "ocupar espaços"

Historicamente, o Ministério Público adotou a política de "ocupar espaços" a todo transe, numa ampliação de suas atribuições como forma de firmar-se e fortalecer-se como Instituição (Rodrigues, 1999, p. 133; Sinhoretto, 2006, p. 173) [21]. Além disso, o legislador infraconstitucional tem, a todo propósito, aberto novas formas de intervenção do MP, seja quando regula a proteção ao idoso, à criança e ao adolescente, ao portador de deficiência etc., seja no que se refere a questões fundiárias, parcelamento do solo urbano, usucapião, defesa de investidores no mercado financeiro etc.

Há, sem dúvida alguma, como fruto dessas posturas uma sobrecarga funcional dos membros do Ministério Público na área civil nem sempre compatível com a letra e o espírito da Constituição Federal. Por tal perspectiva não é difícil lobrigar a impossibilidade prática da instituição de se desincumbir de todas essas atribuições de forma, substancial e formalmente, adequada. E essas dificuldades funcionais têm rendido algumas críticas nem sempre justas. No dizer de Marchais (1974, p. 44) "sobrecarregam o burro e gritam com indignação quando ele tropeça".

Se uma instituição é criada e estruturada constitucionalmente com o propósito expresso e exclusivo de atender certos objetivos, é provável que realize essa tarefa com

[21] O Ministério Público por muitos anos procurou atribuições, sendo generoso o legislador, sempre se lembrando da instituição quando não tinha para quem destinar as atribuições. Os tempos mudaram e o Ministério Público precisa abdicar de atribuições que não digam respeito ao seu novo perfil constitucional. É preciso conscientização de novos tempos e coragem de deixar de lado atribuições dispensáveis, de interesse individual e de pouca ou nenhuma repercussão social (Santin, 1999, p. 141).

alguma vitalidade. Todavia, se os objetivos não são bem definidos ou são desvirtuados, abrindo margem a que se agreguem novas atribuições, há uma tendência natural a certo relaxamento institucional no desempenho. Por isso que a política de "ocupar espaços" pelo MP trouxe inúmeros prejuízos à instituição, cujo preço começa a ser cobrado pela insurgência de contrainstituições.

Atualmente, a preocupação sobre as atribuições do Ministério Público gira em torno da eficiência e da efetividade da intervenção do MP, especificamente, no processo cível. E para tanto, a solução que se apresenta, jurídica e tecnicamente adequada, é uma categoria dialeticamente paradoxal: **a restrição/ampliação de suas atribuições**. A restrição diz respeito às atribuições compatíveis com sua finalidade constitucional ("defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"). A ampliação liga-se à atuação, dentro destes limites finalísticos e constitucionais, de forma qualificada e com largos mecanismos disponíveis, dentro da máxima consagrada de que quem tem fins deve dispor de meios. Esse enxugamento de atribuições, sob o foco da Constituição, ajuda a tornar a instituição flexível e adaptada às potencialidades e exigências de uma nova época em que a busca por resultados e eficiência é o núcleo vital.

6.3 Modelo de equiparação ao Judiciário (garantias, prerrogativas, vedações, estrutura e divisão funcional)

O Ministério Público adotou durante anos, como fórmula de crescimento e evolução institucional, a equiparação à Magistratura. Cresceu, permitam-nos o prosaísmo, como uma anêmona grudada num tubarão! Graças a isto e a toda uma doutrina construída em torno, a instituição se firmou como essencial e fundamental ao regime democrático, sendo insculpida constitucionalmente em matizes bem fortes.

Todavia, tudo tem seu preço: a assemelhação ao Poder Judiciário, que se refletiu em sua organização administrativa e de carreira, em sua postura funcional, na natureza de suas atribuições, provocou um fenômeno que se poderia chamar de "jurisdicionalização" do Ministério Público e perda de identidade.

Há quase 20 anos, Freyesleben (1993, p. 162-163) escrevia que o Ministério Público "recebeu novas e importantes atribuições com a nova ordem constitucional sem a correspondente estrutura para exercê-las a contento. E que a estrutura foi criada e é mantida para ser composta de Promotores de Justiça *pareceristas*. O grande defeito do Ministério Público está em seguir vivendo à semelhança da estrutura do Judiciário. Este sim, pode e deve ter estrutura de *pareceristas*! O Ministério Público é dividido em entrâncias e em instâncias, porque assim se divide o Judiciário. Na administração, possui os mesmos e correlatos órgãos, alterada a denominação, mas funcionando identicamente e para os mesmos propósitos. Não há uma única Promotoria de Justiça que não exista em razão de uma Vara. Esse é o problema estrutural do Ministério Público e que, se não resolvido, continuará lhe afetando e emperrando.(...) A maior dificuldade residirá na ruptura com uma mentalidade que não consegue ver um promotor sem juiz".

Toda essa doutrina de equiparação e de simetria colocou o Ministério Público na órbita do Judiciário como um satélite, uma peça acessória, sem identidade e sem um objetivo institucional que não seja o de, eternamente, despachar processos e cumprir prazos processuais, alheio aos reais problemas sociais que constituem o pano de fundo de todo litígio ou demanda judicial.

Ao adotar esse hábito mimético, pleiteando todas as garantias do Judiciário ao longo de sua evolução institucional, o MP colheu onde não semeou. Esgotado este modelo, assume a instituição a hercúlea tarefa de arregaçar as mangas e provar, com trabalho eficiente, que faz jus a todas as garantias e prerrogativas que lhe foram atribuídas por descolamento da estrutura judiciária.

7 CAUSAS QUE LEVAM AO MP RESOLUTIVO

7.1 Amadurecimento democrático da sociedade (expansão do princípio democrático)

Vivemos um novo movimento, uma nova onda, que poderíamos denominar de a *segunda onda* da era contemporânea do Ministério Público. É o movimento da eficiência, da busca por resultados e legitimidade social, de um novo perfil institucional mais adequado à quadra histórica de aprofundamento e amadurecimento democrático.

Esse movimento é simbolizado pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998 que, dentre outras medidas, guindou a **eficiência** a princípio constitucional da Administração Pública, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Se uma lição segura pode ser extraída da história política é a seguinte: o povo é impelido por vários sentimentos e impulsos conflitivos, tendo necessidades e exigências que variam de tempos e tempos (MacIver, 1965, p. 08). Por isso, o ambiente democrático gera demandas com muita rapidez, mas se revela lento em atendê-las. Ou como diz N. Bobbio (1986, p. 36), a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil. E essa tendência reivindicativa da sociedade aprofunda-se com o processo de amadurecimento democrático, com a sociedade tornando-se cada vez mais cônscia de seus direitos, exigente e participativa.

O desenvolvimento pessoal (e coletivo) que alguns autores atribuem à cidadania numa ordem democrática é, em grande parte, um desenvolvimento *moral* (Dahl, 2012, p. 163): a aquisição de um senso mais maduro de responsabilidade pelos próprios atos, uma consciência mais ampla dos efeitos dos próprios atos sobre outrem, uma disposição maior para refletir sobre as consequências desses atos para os outros e também para levá-las em consideração e assim por diante. É provável que poucas pessoas venham a contestar a premissa normativa de que é desejável promover o crescimento dessas qualidades.

O ímpeto ascensional da cidadania democrática sempre foi um fator atuante nas incessantes transformações do Estado. Toda a estrutura de poder, em consequência,

sofre um processo contínuo de mudança. Todo avanço ou conquista social aumenta o ímpeto por novas conquistas.

Forças novas penetram em nossa sociedade como o largo desenvolvimento tecnológico com suas repercussões sociais e econômicas, o incremento da industrialização, especialização e alto nível de urbanização, uma grande diversidade ocupacional, ampla alfabetização, a organização de poderosos grupos industriais e financeiros, de organismos internos e externos, a facilidade das comunicações e um ritmo avassalador de mudanças. Tudo isso revoluciona os encargos e as responsabilidades do Estado e de suas instituições.

À medida que a sociedade democrática evolui, bem como se intensificam o sentimento democrático e os instrumentos postos à sua disposição, cresce também seu nível de exigência em relação ao Ministério Público. Se a instituição deixa de responder eficazmente às contínuas e cada vez mais complexas demandas sociais (Júnior, 2005, p. 714), corre o risco de, cedo ou tarde, ter sua legitimidade de defensora da sociedade questionada.

7.2 Crise do Poder Judiciário

O Judiciário sempre se notabilizou por ser uma instituição extremamente conservadora. De acordo com Wollkmer (2000, p. 186), os magistrados são homens de mentalidade conservadora em relação a todos os grandes problemas econômicos, sociais e políticos de sua sociedade. As autoridades governamentais, responsáveis pela nomeação e promoção dos juízes, buscam, quase sempre, favorecer aqueles que justamente possuam tais concepções reacionárias.

No cenário pré-88 (e até nos poucos anos seguintes à promulgação da Constituição), bem ou mal, o Judiciário respondia às demandas da sociedade e do MP (ainda não tornadas complexas pela expansão do princípio democrático). E como o Ministério Público (demandista) retirava seus dividendos de reconhecimento da atuação perante o Judiciário, esse modelo atendia plenamente às expectativas institucionais. No momento em que o Judiciário se mostrou ineficiente em atender às novas demandas de novos pos (interesses coletivos, difusos e metaindividuais)[22], e sendo o Ministério Público o agente mais importante na defesa de direitos coletivos pela via judicial, a instituição se ressentiu (afinal sua sorte estava atrelada à do Judiciário e não gozava do *status* de "Poder"). E essa inoperância coincidiu com uma maior exigência da sociedade por eficiência de suas instituições. A partir daí, o Ministério Público se viu obrigado a

[22] A dificuldade de obter uma tutela jurisdicional satisfatória no âmbito dos direitos sociais reside no caráter coletivo desses direitos. Ainda que se possa dizer que cada indivíduo tenha um direito à saúde, um direito à educação, ao trabalho e à moradia, a realização desses direitos é algo que só é possível se pensada coletivamente. Os procedimentos judiciais, sobretudo no Brasil, não estão, contudo, aptos a dar vazão a pretensões judiciais dessa natureza. Todo direito processual é pensado - e as raríssimas exceções não mudam esse quadro – para uma litigância individual (Silva, 2011, p. 243).

buscar novas alternativas de fortalecimento institucional, visto que o puro demandismo era modelo esgotado ou, no mínimo, em profunda crise.

8 EXIGÊNCIAS E DESAFIOS TRAZIDOS PELO NOVO MODELO RESOLUTIVO

8.1 Nova leitura do postulado da independência funcional

Como já dissemos acima, a Constituição ao dotar o Ministério Público de unidade e indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF), possibilitou a qualquer agente ministerial que, ao atuar (com base no Direito e em sua consciência), impute sua vontade funcional à instituição (Carneiro, 1995, pp. 43-44). Qualquer ato praticado por um promotor ou procurador de justiça, no exercício de suas funções, automaticamente é atribuído ao Ministério Público. Não há dualidade de pessoas (ente curador dos direitos ou interesses – MP – e a pessoa que os exerce – membro) como na representação, legal ou voluntária. Há unidade: é uma só pessoa – a pessoa coletiva, a instituição – que persegue o seu interesse, mas mediante pessoas físicas – as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos.

Diante disso, seria extremamente traumática para a instituição a existência de tantos interesses ou vontades quantos fossem o número de membros a compô-la. Ou ainda, a justaposição de promotorias mais ou menos especializadas, sem diálogo e sem cooperação entre si. Não haveria convergência de energias, mas o caos anárquico e improdutivo conducente a uma espécie de anomia institucional, comprometendo todo o esforço coletivo antes que, pelo seu desenvolvimento necessário, tenha sequer a oportunidade de exercer-se. Os múltiplos agentes independentes devem repousar suas individualidades e idiossincrasias sobre um núcleo irredutível que confira uma base segura para o desempenho linear das funções da instituição e não sobre fatores irracionais que interferem no curso da ação individual.

Todas as atividades desenvolvidas pelo Ministério Público obedecem a uma série de atos organizados de tal forma que conduz a um fim previamente traçado. É o que se chama de *racionalidade funcional*. Todavia, no caso específico do MP, agrega-se a *racionalidade substancial*, pois todos os atos, embora previamente traçados pelo legislador (racionalidade funcional), também devem ser pensados durante sua realização pelos agentes (racionalidade substancial), atentos à finalidade última, ao valor funcional de cada ato em relação ao todo e dotados da faculdade de atuar em situações dadas com capacidade de juízo reflexivo, construindo uma própria inteligência das conexões. E é neste ponto que entra a independência funcional com sua carga valorativa.

A independência funcional colocada diante da racionalidade funcional/substancial leva, necessariamente, ao fenômeno da autorracionalização. E por autorracionalização entende-se o controle sistemático dos impulsos que o indivíduo se impõe de antemão quando quer realizar ou ser inserido numa estrutura objetiva de atividade funcional-racional (Mannheim, 1969, p. 42). O objetivo do todo exige que

sentimentos, impulsos e traços idiossincráticos sejam, senão sacrificados, pelo menos regulados em níveis razoáveis, o que restringe a independência funcional, relativizando-a.

Um promotor do meio ambiente busca na sua atividade um aspecto específico do bem comum, mas há, ao lado dele, um corpo institucional que transcende a divisão de trabalho e tem como objeto próprio o bem comum geral, do qual diferentes aspectos constituem outros tantos objetivos próprios de cada um de seus membros, quando estes não se reúnem nem atuam como um corpo. Reunidos todos os agentes, o promotor do meio ambiente, por exemplo, não é mais apenas um membro cuja ação está dedicada exclusivamente ao meio ambiente; é, na circunstância apontada, um membro da instituição dedicado aos fins institucionais gerais, compreendidos e desejados em sua integridade, com todas as relações de prioridade e intercambialidade que implica o bem comum de uma sociedade. É uma tarefa árdua, todavia, abstrair do exercício de uma função ministerial específica para ressaltar o zelo pelos fins gerais da instituição. Aqui nos defrontamos com o maior dos inimigos: os hábitos mentais dos especialistas.

É certo que os membros de uma estrutura administrativa e funcional (a exemplo do Ministério Público), com frequência, não compreendem, de modo suficientemente claro, o que, coletivamente, estão fazendo e nem sempre desejam, com igual entusiasmo, o efeito de sua ação comum. Isso indica que na medida em que há falta de conhecimento ou de engajamento afetivo (vontade, devotamento e elevado senso de dever), relativamente ao objeto de ação comum, a instituição acaba sendo precariamente integrada, insuficientemente organizada e com um padrão incerto de eficiência.

Fortemente influenciada por antigos princípios doutrinários hauridos da tradição francesa, diz Mazzilli (2002), a Constituição brasileira de 1988 consagrou como princípios institucionais do Ministério Público a unidade e a indivisibilidade, mas, em vez de a eles acrescentar o princípio hierárquico do *Parquet* francês, ao lado dos primeiros somou o princípio da independência funcional.

Carvalho/Leitão (2010, p. 403) em estudo sobre o novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política concluem que a independência funcional dos promotores e a consequente falta de uma estrutura hierárquica criam uma barreira à formação de políticas institucionais uniformes. Por um lado, existe alguma vantagem, já que os promotores e procuradores têm mais liberdade para se adaptar às realidades específicas, "podendo tomar medidas inovadoras que seriam dificultadas se fosse necessário esperar uma ordem da cúpula do Ministério Público" (Kerche, 2003, p. 119)[23]. Por outro lado, esse desenho diminui a garantia de que todos os cidadãos devem ter seus direitos defendidos de forma isônoma.

De fato, como diz Yves Simon (1955, p. 27), a unidade de ação depende da unidade de juízo, e esta se obtém por via da unanimidade ou por via da autoridade;

[23] É inegável que a independência funcional gera novos pensamentos, ideias e ações inovadoras, impensáveis numa estrutura hierarquizada. A inovação, o passo a frente, decorre mais de uma insatisfação individual, do que propriamente de um desejo do grupo homogêneo.

terceira hipótese não é concebível. Ou bem julgamos todos que devemos agir de um determinado modo, ou damos por entendido, entre nós, que, sejam quais forem nossas preferências, assentiremos em uma só decisão e seguiremos a linha de ação que ela prescreve. Pode o juízo em questão ser formulado por uma pessoa com função dirigente, pela maioria, ou por uma maioria dentro de uma minoria dirigente: no caso, a diferença é mínima. Mas submeter-me a um juízo que não exprime, ou pelo menos pode não exprimir, o meu ponto de vista próprio, a respeito de algo a se fazer, é obedecer a uma autoridade. Logo, se é incerta a unanimidade, e só quando o é, torna-se necessária a autoridade para assegurar a unidade de ação. O ponto está em saber se haverá um modo melhor que o casual de estabelecer unanimidade entre agentes independentes.

Se não podemos formatar a unidade de ação sobre o requisito da autoridade pelo fato da instituição não possuir e nem aceitar (constitucionalmente) uma estrutura hierarquizada (no viés funcional), sempre é possível que haja unanimidade ou assentimento majoritário em torno de propostas de ação, basta que sua demonstração se evidencie a todos (com inteligências científica e institucionalmente bem preparadas). Além disso, num meio funcional constituído de agentes perfeitamente inteligentes, bem informados e com a virtuose do Direito, haverá seguramente acordo entre eles, relativamente a juízos prudenciais que se refiram à melhor forma de alcançar e preservar o interesse público da comunidade – acordo que não é devido a nenhuma demonstração, mas à retidão comum de suas aspirações jurídicas e institucionais para o fim público.

É óbvio que a problemática da situação não reside no fim, mas nos meios para alcançar o fim. Se existe mais de um meio para obter o bem comum, nenhum deles goza de superioridade e não há fundamento de espécie alguma para a unanimidade. Qualquer divergência é permitida, sem que importe em erro de vontade ou de inteligência. No caso do Ministério Público, o único meio disponível para atingir o fim comum é o Direito, sendo tanto possível a unidade de ação (por unanimidade ou assentimento majoritário) quanto a exclusão da autoridade para a ação uniforme. Todavia, a independência funcional fundada na consciência de cada agente é um elemento que gera indeterminação dos meios para alcançar o fim. Variáveis como a falta de cultura, espírito de rotina, deficiência de intercambialidade e posições político-ideológicas fazem surgir uma pluralidade de meios onde, na realidade, existiria um meio só.

Como destaca Fiona Macaulay (2005, p. 20), a estrutura do Ministério Público com as suas unidades especializadas e de alto grau de autonomia, resulta em "células" ativistas relativamente isoladas de seus colegas e superiores e de outras instituições de justiça. Além disso, pulveriza as suas ações de acordo com as visões pessoais de seus agentes (ressentindo-se de uma certa homogeneidade de ação).

É por isso que o princípio da independência funcional deve ser pensado e operacionalizado sobre novas bases, de modo a impedir que a atuação da instituição disperse-se em múltiplas atuações individualistas e fragmentadas, sem obedecer a um

somatório organizado de esforços tendente ao cumprimento das metas e atingimento dos objetivos estratégicos traçados institucionalmente.

8.2 Insuficiência de recursos materiais e humanos

A assunção e a implantação consciente desse novo modelo resolutivo não podem ficar limitadas às iniciativas individuais de membros à frente de seu tempo, mas deve ser fruto de um planejamento estratégico da própria instituição. Como objeto de uma ação coletiva e institucional, o novo método de atuação vai exigir um maior aporte de recursos materiais e humanos.

O atual modelo demandista requer da instituição para funcionar um espaço físico mínimo (muitas vezes não pertence à instituição, mas é cedido nas dependências dos fóruns e tribunais), material de escritório e tempo. Já o perfil resolutivo, por implicar num projeto identitário, exigirá, além de uma profunda (e permanente) capacitação dos membros, novos serviços auxiliares (como equipe técnica pericial e multidisciplinar – contadores, técnicos ambientais, especialistas em saúde, educação etc.), programas de aperfeiçoamento contínuo dos servidores etc.

8.3 Novo regime de capacitação e mobilização dos agentes ministeriais

Com a ineficiência do modelo puramente demandista em responder às demandas ou aos conflitos sociais, surge no horizonte institucional meios alternativos de resolução de conflitos. Esses meios, entretanto, pressupõem que a instituição esteja devidamente aparelhada, tanto em estrutura física quanto humana, para fazer frente aos novos desafios.

Como esse novo momento institucional implica numa quebra de paradigma, é necessário que os agentes ministeriais estejam devidamente capacitados para exercer as novas funções que se espera deles. Mediação, negociação, transação e conciliação são alguns mecanismos que, doravante, farão parte do manual de atuação do Ministério Público. Portanto, técnicas de persuasão, de diálogo e de articulação deverão, necessariamente, fazer parte de seu aperfeiçoamento funcional.

9 ÉTICA DOS RESULTADOS

A busca por resultados não pode romper com as amarras éticas que pautam a instituição. Entre a ética dos princípios (amparada na moral deontológica como a kantiana) e a ética dos resultados ou das consequências (alavancada numa moral teleológica como a utilitarista), o pêndulo deve sempre acertar o compasso pela primeira. E nem poderia ser diferente, pois o Ministério Público é uma instituição jurídica que se desenvolve num Estado democrático de direito (entenda-se governo das leis e moderno constitucionalismo) e embora seja "presentada" por chamados agentes políticos não desempenha uma atividade designadamente político-partidária ou político-ideológica.

Como diz Bobbio (2011, p. 74), quem age segundo princípios não se preocupa com o resultado das próprias ações: faz aquilo que deve, e que aconteça o que for possível

(ética da convicção ou dos princípios). Por outro lado, quem se preocupa exclusivamente com o resultado, não procede com muita sutileza no que diz respeito à conformidade com os princípios: faz aquilo que é necessário para que aconteça aquilo que deseja (ética da responsabilidade ou dos resultados).

O juízo positivo ou negativo da ação desenvolvida pelo MP não será aferido, tão-somente, pelo sucesso ou insucesso de suas iniciativas. É possível uma coincidência entre os dois juízos (ética dos princípios e dos resultados), mas a verdade é que na maioria das vezes não. A observância de um princípio dá bons resultados ou os bons resultados só podem ser alcançados observando-se os princípios, mas, por vezes, principalmente no âmbito político, os efeitos bons dependem de certo afastamento ou completa inobservância dos princípios.

Diante da ética dos princípios estaria o MP impedido de buscar resultados? Não. O MP não pretende exclusivamente o resultado, mas o busca dentro da moldura das normas e dos princípios característicos do Estado democrático de direito. Até porque os meios devem ser apropriados ao fim, vistos como caminhos para o fim, constituindo, por assim dizer, o próprio fim em processo de elaboração (Maritain, 1966, p. 60). Corresponde à hierarquia dos meios em que a ordem dos meios corresponde à ordem dos fins. Um fim digno (justiça, liberdade, segurança etc.) deve ser buscado por meios dignos.

O desvio de meios não se justifica nem pelos mais nobres e elevados fins, pois, no futuro, podem servir a outros propósitos e finalidades desagasalhadas da excelsitude ética.

Além de tudo isso, como a resolutividade se dá, principalmente, no campo extraprocessual, o espaço para manobras (articulação, diálogo e estratégias de atuação) é bem maior e, portanto, é possível fazer uso de uma moral teleológica sem romper os limites éticos (derivados da ética dos princípios) autoimpostos à instituição.

10 CONCLUSÕES

Frequentemente, o prestígio ou a autoridade gozada por algumas instituições durante um tempo considerável parece evaporar-se subitamente. Evapora-se pelo fato de fracassar em compartilhar novos valores e novos anseios sociais. Isso as priva da capacidade de uma reelaboração racional de um novo curso às suas práticas funcionais. Se o MP não acordar para a nova realidade social e não buscar um reajustamento adequado pode, com facilidade, inserir-se no rol dessas instituições que perderam o ritmo da história.

Uma sociedade em constante mudança requer um contínuo reajuste de suas instituições para atender eficientemente às novas demandas. O Ministério Público, nesse contexto, apresenta-se como uma instituição moldada para defender os interesses, não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática. Dentro desses objetivos alguns desafios são postos e sintetizados nas conclusões seguintes:

I- O MP Resolutivo define-se como uma instituição que assume uma identidade proativa específica, atuando antes que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los sem a necessidade de demandar, como prima ratio, a justiça.

II- O caráter resolutivo não implica num combate irracional e iconoclasta ao perfil demandista da instituição (e nem poderia em face da Constituição). E sim num fortalecimento do perfil proativo. Este perfil resolutivo não se desliga do passado, não o nega, mas tende a ir adiante, atento às novas necessidades sociais e às circunstâncias históricas que apontam para um futuro certo. O Ministério Público exclusivamente demandista cumpriu sua história. Agora, para continuar sendo útil deve ceder espaço e dividir a cena com o Ministério Público Resolutivo.

III- A dinâmica institucional resolutiva apresenta alguns atributos indispensáveis como proatividade, dinamismo, intersetorialidade, relação interna dialogal, planejamento, inovação, eficiência e gestão de resultados.

IV- São estratégias de crescimento institucional que privilegiam o perfil demandista da instituição: alegada hipossuficiência da sociedade, doutrina de "ocupar espaços" e modelo de equiparação ao Judiciário.

V- São causas que levam ao perfil resolutivo do Ministério Público: expansão do princípio democrático (amadurecimento democrático da sociedade) e crise do Poder Judiciário (ineficiência em responder às novas demandas sociais).

VI- O modelo resolutivo traz algumas exigências e desafios ao Ministério Público como: nova leitura do postulado da independência funcional; novo regime de capacitação e mobilização dos agentes ministeriais; e insuficiência de recursos materiais e humanos disponíveis à instituição.

VII- O princípio da independência funcional deve ser pensado e operacionalizado sobre novas bases, de modo a impedir que a atuação da instituição disperse-se em múltiplas atuações individualistas e fragmentadas, sem obedecer a um somatório organizado de esforços tendente ao cumprimento das metas e atingimento dos objetivos estratégicos traçados institucionalmente. A cooperação e o diálogo interno podem temperar, nos limites constitucionais, o novo desenho desse princípio, fazendo com que a instituição ganhe vigor resolutivo.

VIII- O atual perfil binário do Ministério Público (demandista e resolutivo) engendra dois tipos bem definidos de agentes. De um lado, o promotor demandista (ou de gabinete): propositor de medidas judiciais e reativo; agente burocrático e processual; parecerista; preocupado com prazos e resultados processuais. De outro, o promotor resolutivo: agente antecipador e proativo (nova atitude mental e renovada disposição para a ação); agente político articulador; agente preocupado com positivas transformações na realidade social.

IX- O MP não é mais uma instituição que se ajusta mimeticamente à realidade, mas que aceita e acompanha as mudanças sociais e se revela capaz de resolver os novos

problemas que o cenário comunitário lhe apresenta. E nesta perspectiva, o MP não se coloca apenas como mais um ator inserido nessa sociedade dinâmica, mas como um agente promotor dos reajustes sociais.

X- A consolidação do perfil resolutivo do MP, além de conferir maior agilidade na resolução dos conflitos sociais, confere uma identidade própria à instituição, fugindo à cega mecânica do demandismo. Esse conjunto de ideias e de práticas que acompanha a dinâmica resolutiva tem a força de deslocar o centro de gravidade do Ministério Público para si mesmo, afastando-o da dependência ou submissão ao demandismo judiciário e colocando em suas mãos o curso de seu destino.

ABSTRACT: This essay focuses on solving the dynamics of the Brazilian Prosecutor, drawing a parallel between the two predominant institutional profiles: procedural and decisive. It also put emphasis on the inclusion of the Public Ministry as an institution shaped to protect the interests, not more than one state or society simply, but in a complex democratic society. Within these goals challenges and requirements are analyzed in order to highlight the new directions set by the institution against the expansion and deepening of the democratic principle.

KEYWORDS: Resolvent prosecutor. New dynamic. Expansion of the democratic principle. Challenges. Requirements.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA**,** Gregório Assagra.; PARISE**,** Elaine Martins. *Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte:Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público "Ministério Público e Justiça Social", 2005, pp. 609-617.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo:Educ/Sumaré, 2002.

_____. *Ministério Público na Fronteira entre a Justiça e a Política*. São Paulo: Justitia, 64 (197), 2007, pp. 325-335.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid:Centro de Estúdios Constitucionales, 1991.

BARROSO**,** Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro:Renovar, 1996.

BEHRENS, Marilda Aparecida. *A prática pedagógica e o desafio do paradigma emergente*. Brasília:Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos, v. 80, n. 196, 1999, pp. 383-403.

BERGSON, Henri. *L'évolution créatice*. Paris:Quadrige/Presses Universitaires de France (PUF), 1994.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro:Paz e Terra, 6ª. ed., 1986.

_____. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo:Unesp, 2ª. ed., 2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro:Forense, 5ª. ed., 1995.

CARVALHO, Ernani.; LEITÃO, Natália. *O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política*. São Paulo:Revista Direito GV 6 (2), 2010, pp. 399-422.

COSTA MACHADO**,** Antônio Cláudio da. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo:Saraia, 2ª. ed., 1998.
DAHL, Robert Alan. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo:Martins Fontes, 2012.

DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. *Um novo modelo de gestão – reflexos na atuação do Ministério Público*. Belo Horizonte:Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público, 2005, pp. 710-726.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 11ª. ed., 2009.

DREISER**,** Theodore. *O pensamento vivo de Thoreau*. Tradução de Lauro Escorel. São Paulo:Martins, s/d.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro:Graal, 1979.

FOUGEYROLLAS, Pierre. *A filosofia em questão*. Tradução de Roland Corbisier, Rio de Janeiro:Paz e Terra, 2ª ed., 1960.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária - Controle Externo da Atividade Policial.* Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 1993.

FRIEDRICH, Carl J. *Tradition and authority.* London:The Pall Mall Press, 1972.

GADAMER**,** Hans-Georg. *Elogio da teoria.* Tradução de João Tiago Proença. Lisboa:Edições 70, 2001.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis.* São Paulo: LED, 1998.

HELLER**,** Hermann. *Teoria do Estado.* Tradução de Lycurgo Gomes da Motta, Mestre Jou, São Paulo, 1968.

HOBHOUSE, L. T. Liberalismo. Tradução de Julio Calvo Alfaro. Barcelona:Labor, 1927.

JULIEN**,** Claude. *O Suicídio das Democracias.* Tradução de Marina Colasanti. Rio de Janeiro:Artenova, 1ª ed. Bras., 1975.

KELLER, Suzanne. *O destino das elites.* Tradução de Luís Cláudio de Castro. Rio de Janeiro:Forense, 1967.

KERCHE, Fábio. O Ministério Público no Brasil: autonomia, organização e atribuições. Tese de doutoramento, Dept. ciência política, USP, 2003.

LAPASSADE, Georges.; LOURAU**,** René. *Chaves da sociologia.* Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro:Civilização brasileira, 1972.

MACAULAY, Fiona, *Problems of Police Oversight in Brazil.* University of Oxford:Centre for Brazilian Studies, Working Paper CBS-33-02, 2005.

MACIVER, Robert Morrison. *The Web of Government.* New York:Macmillan Co., 1965.

MAGEE. Bryan. *As ideias de Popper.* Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo:Cultrix/Edusp, 1974.

MANNHEIM, Karl. *El hombre y la sociedad en la epoca de crisis.* Tradução de Francisco Ayala. Buenos Aires:Editorial La Pleyade, 1969.

MARCHAIS**,** Georges. *O desafio democrático.* Tradução de Fernando de Castro Ferro. Lisboa:Centro do Livro Brasileiro, 1974.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado***.** Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro:Agir, 1966.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal.* São Paulo: Justitia, vol. 95, 2002.

MILL, John Stuart. *Governo representativo.* Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo:Ibrasa, 1964.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma emergente.* Campinas:Papirus, 1997.

MURRAY**,** Gilbert. *El espiritu de libertad y la civilización*. Tradução de Juan Guixé. Buenos Aires:Editorial Losada, 1941.

NIETZSCHE, Friedrich. *Human, all too human.* Tradução de Marion Faber e Stephen Lehmann. New York:Penguin Books, 2004.
NOGUEIRA**,** Paulo Lúcio. *Curso completo de processo civil.* São Paulo:Saraiva, 3ª. ed., 1992.

ORTEGA Y GASSET, José. *The revolt of the masses.* Anonymous translation. USA:W. W. Norton, 1957.

_____, José. *A rebelião das massas.* Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo:Martins Fontes, 1987.

ORTIGÃO, Ramalho. *As farpas, tomo 6 (A sociedade).* Lisboa:David Corazzi Editor, 1888.

PAINE, Thomas. *Rights of man.* London:The Folio Society, 2007.

POLIN, Raymond. *Iniciação política. O homem e o Estado.* Tradução de João dos Santos. Mira-Sintra (Portugal):Publicações Europa-América, 1976.

POPPER, Karl. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo I. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte:Itatiaia, 1998.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal.* Rio de Janeiro:AIDE, 2ª ed., 1998.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado.* Manaus:Valer, 1999.

RUSSELL, Bertrand. *Roads to freedom.* London:George Allen and Unwin, 1949.

_____. *Power – a new social analysis.* London:George Allen&Unwin Ltda., 6ª. ed., 1948.

_____. *Princípios de reconstrução social.* Tradução de Lólio Lourenço deOliveira. São Paulo:Companhia Editora Nacional, 1958.

SADEK, Maria Tereza.; LIMA, Fernão Dias de.; ARAÚJO, José Renato de Campos. O Judiciário e a prestação da justiça. Em: Maria Tereza Sadek (org.), *Acesso à justiça.* São Paulo:Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTIN, Valter Foleto. *A reegenharia do Ministério Público*: alguns aspectos. São Paulo:Justitia, a. 63, vols. 185/188, 1999, pp. 136-143.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito.* Rio de Janeiro:Renovar, 1999.

SICHES, Recásens. *Tratado de sociologia.* Vol. II. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. Porto Alegre:Globo, 1ª. ed., 2ª. Impressão, 1968.

SILVA, Cátia Aida. *Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos.* São Paulo:Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 16, n. 45, 2001, pp. 127-144.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo:Malheiros, 2ª edição, 2 tiragem, 2011.

SIMON, Yves. *Filosofia do governo democrático.* Tradução de Edgard Godói da Mata-Machado. Rio de Janeiro:Agir, 1955.

SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está – etnografia de uma reforma da justiça.* São Paulo:Tese de doutoramento (mimeo.), 2006.

SPENCER, Herbert. *L'individu contre l'État.* Tradução do inglês por J. Gerschel. Paris:Félix Alcan Éditeur, 1908.

TZU, Sun. *The art of war.* Tradução de Lionel Giles. New York:Barnes & Noble Classics, 2003.

URIS, Auren. *Liderança.* Tradução de Maria Thereza Quintella. 2. ed. São Paulo:Ibrasa, 1967.

VEBLEN, Thorstein. *The theory of the leisure class.* New York:The Modern Library, 1931.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica.* Tradução de Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo:RT, 2010.

WIESE, Leopold Von, *Sociologia – historia y principales problemas.* Tradução de Rafael Luengo Tapia. Barcelona:Labor, 1932.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito.* 3. ed. São Paulo:RT, 2000.

AMICUS CURIAE E PARTICIPAÇÃO POPULAR

José Edvaldo Pereira Sales[1]

RESUMO: O texto começa com um breve comentário sobre o que se tem denominado de neoconstitucionalismo e neoprocessualismo apenas para situar e introduzir o tema central: o *amicus curiae* e sua relação com a concepção moderna de Democracia. Para isso, um breve histórico sobre a formação dos Estados modernos é apresentada a fim de inserir a discussão sobre a participação popular na democracia e o *amicus curiae* no atual contexto democrático. São traçadas considerações sobre as origens do *amicus curiae* no direito estrangeiro e no direito nacional até o advento do novo código de processo civil brasileiro. Duas outras questões são delineadas, a natureza jurídica do *amicus curiae* e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a participação dessa figura nos processos que envolvem controle de constitucionalidade. Finalmente, o texto discute o *amicus curiae* como instrumento de participação popular, reportando-se à tese de Peter Häberle – *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. *Amicus curiae*. Participação popular.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO CONSTITUCIONAL E OS ESTADOS MODERNOS. 3 ORIGEM DO *AMICUS CURIAE*. 4 O DIREITO BRASILEIRO E O *AMICUS CURIAE*. 5 NATUREZA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE*. 6 *AMICUS CURIAE*: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E QUESTÕES PROCESSUAIS. 7 *AMICUS CURIAE* E PARTICIPAÇÃO POPULAR. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O *amicus curiae*(a expressão no plural é *amici curiae*) ou "amigo da Cúria" ou "amigo da Corte", no seu sentido etimológico, é uma figura que vem ganhando, principalmente, a partir do direito norte-americano, maiores conotações em muitos países. Esse "amigo da Corte" e, por isso, não "amigo das partes", tem uma função primordial que é participar do debate em juízo propiciando um caráter de legitimidade social às decisões emanadas do Poder Judiciário.

Isso somente se tornou possível a partir do movimento constitucional desenvolvido no pós-segunda guerra quando as constituições, em geral, como é o caso da brasileira, deixaram de ter conotação meramente formal e passaram a ser verdadeiros

[1] Promotor de Justiça do Estado do Pará. Mestre em Direito (UFPA).

documentos de expressão do sentimento de forças populares atuantes na sociedade. O cerne desses textos constitucionais reside nos direitos e garantias fundamentais. Além disso, a feição democrática deles viabiliza (e exige) a participação popular. Isso não poderia ficar distante dos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário.

Portanto, as primeiras reflexões neste texto realizadas partem desse contexto histórico. Em seguida, diversos aspectos relacionados ao *amicus curiae* são apontados, iniciando pela origem do instituto, sua presença no direito brasileiro, a controvertida discussão sobre sua natureza jurídica, o tratamento dispensado pela legislação e também pela jurisprudência em matéria de controle de constitucionalidade. Finalmente, discute-se o vínculo entre o *amicus curiae* e os atuais desdobramentos do regime democrático.

Nesse último ponto – a questão da participação popular, destaque especial é dado à teoria desenvolvida por Peter Häberle com enfoque no novo modelo de hermenêutica constitucional associado à *sociedade abertade intérpretes* da Carta Política. A tarefa de interpretar o texto Constitucional é de toda a sociedade. O *amicus curiae* é expressão dessa maneira de compreender esse novo fenômeno. O cidadão não está mais circunscrito às formas clássicas de participação popular como, por exemplo, o voto.

Todo esse percurso terá como base bibliográfica a doutrina nacional e, em alguns momentos, a estrangeira, os documentos legislativos produzidos, principalmente, no Brasil, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, sobretudo, do Supremo do Tribunal Federal (STF).

2 O DIREITO CONSTITUCIONAL E OS ESTADOS MODERNOS

Os Estados contemporâneos, em sua grande maioria, estão estruturados a partir de postulados liberais oriundos, principalmente, da Revolução Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789. Embora as duas tenham sua relevância histórica, a Revolução Francesa destaca de forma muito mais contundente os direitos dos indivíduos, enquanto a America busca relacionar esses direitos ao bem comum da sociedade. Bobbio relaciona, nesse aspecto, as duas declarações:

> Ambas as Declarações partem dos homens considerados singularmente; os direitos que elas proclamam pertencem aos indivíduos considerados um a um, que os possuem antes de ingressarem em qualquer sociedade. Mas, enquanto a "utilidade comum" é invocada pelo documento francês unicamente para justificar eventuais "distinções sociais", quase todas as cartas americanas fazem referência direta à finalidade da associação política, que é a do *common benefit* (Virgínia), do *goodofwhole* (Maryland) ou do *common good* (Massachussets). Os constituintes americanos relacionaram os direitos do indivíduo ao bem comum

> da sociedade. Os constituintes franceses pretendiam afirmar primária e exclusivamente os direitos dos indivíduos[2].

As revoluções liberais foram reações ao modelo instituído pelo *Ancien Régime* e sua índole absolutista, onde o soberano concentrava em suas mãos todos os poderes do Estado. Era o Estado Absoluto. As articulações, frutos da insatisfação da burguesia, levaram à bancarrota tal modelo de Estado. Como toda revolução, a Francesa não transcorreu sem traumas; mas, apesar disso, o "trauma revolucionário de 1789", na expressão de Bonavides, foi responsável pelas novas bases no terreno econômico, político, social e filosófico[3]. A partir de então esse novo modelo – o Estado Liberal –, passa a ter o gerenciamento da burguesia, que agia em nome do povo.

O Estado Liberal sofreu modificações profundas em sua estrutura por conta de fatores de ordens variadas ensejando o surgimento do que se convencionou chamar de Estado Social. Para Bonavides a Revolução Francesa foi para o Estado Liberal enquanto a Revolução Russa de 1917 foi para o Estado social, resumindo essa relação da seguinte forma:

> Não fora a Revolução Socialista do século XX, o mundo estaria ainda atado à cruel liberdade individualista do capitalismo selvagem do século XIX, da mesma forma que, sem a Revolução Francesa, continuaria o gênero humano vivendo debaixo do cetro daqueles reis e rainhas, diante de cujo despotismo o povo se prostrava, coisificado e genuflexo, sem direitos, sem liberdade, sem participação[4].

O Estado Social surge como resultado de contradições agravadas com o desenvolvimento da Revolução Industrial, nascida na Inglaterra em meados do século XVIII, como as péssimas condições a que eram submetidos os trabalhadores e a precária vida social da população. Além disso, a Primeira Grande Guerra (1914-1918) e seus resultados desastrosos contribuíram para que movimentos sociais ocorressem em diversas partes do mundo. Dois importantes documentos jurídicos surgidos nessa época foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, as quais passaram a contemplar direitos sociais e trabalhistas. O Estado Social foi formatado a partir desses fatores múltiplos. José Afonso da Silva sintetiza dizendo que "O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado [XIX] e deste [XX]

---

[2] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 84

[3] BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 67.

[4] BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 211.

especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social..."[5].

O modelo do Estado Social não se apresentou como suficiente. José Afonso da Silva diz que sua ambiguidade é manifesta, referindo-se ao que ele denominou de Estado Social de Direito, expressão "carregada de suspeição"[6]. Segundo tal constitucionalista a própria palavra "social" está sujeita a interpretações variadas. Bonavides destaca que "[a] Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram 'Estados sociais'. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930"[7].

O Estado precisava apresentar mais que uma feição formal de legitimidade do poder popular. A ideia de democracia deve refletir a efetiva participação da população através de instrumentos político-populares diretos, como é o caso no Brasil (Constituição de 1988) do plebiscito, referendo e iniciativa popular, além de outros indiretos como a gestão da coisa pública por intermédio de representantes eleitos. Daí José Afonso da Silva dizer que "a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos *rendimentos da produção*"[8].

Esse novo modelo de Estado, por seu turno, comprometido com a participação popular, reconhecimento de direitos e a implementação de mecanismos que viabilizem a (in)gerência da(na) coisa pública, não se distancia de sua missão social. Ao contrário, tem-se agora um Estado Social e Democrático de Direito. É a partir desse contexto que se tem o que hoje se denomina de neoconstitucionalismo, que pode, segundo Cambi, ser sistematizado em três aspectos distintos: histórico, filosófico e teórico[9].

Sob o ponto de vista histórico, as principais transformações ocorreram a partir do pós-segunda guerra com destaque para a Lei Fundamental de Bonn (1949) e para as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). Os abusos cometidos durante os regimes totalitários antes da Segunda Guerra Mundial, como é exemplo por excelência o regime nazista, demonstraram a urgente necessidade de

---

[5] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999*,* p. 119.

[6] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999*,* p. 119-121.

[7] BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996*,* p. 184.

[8] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999*,* p. 122, grifos do autor.

[9] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.* Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, rev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http//:www.panoptica.org>. Acesso em 01 nov.2011.

se estabelecer nos textos constitucionais direitos e garantias fundamentais contra o arbítrio do Estado.

O aspecto filosófico concentra-se na superação do modelo herdado do positivismo jurídico. É que agora, o novo paradigma recai numa proposta de hermenêutica constitucional. O Direito, e no caso o Direito Constitucional, não pode ser visto apenas no seu aspecto formal. Surge a necessidade de uma reinterpretação do texto a partir de uma nova perspectiva a respeito das normas jurídicas com um destaque especial para os princípios, os quais não mais são vistos segundo um critério de auxílio ao intérprete por conta de deficiências do sistema, mas como verdadeiros fundamentos do próprio sistema e dos quais emanam soluções para os casos em apreço. Esses princípios, portanto, detêm uma carga de eficácia e de realização do Direito. Por isso, Marinoni entende que

> Não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Aliás, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica[10].

Finalmente, ainda seguindo Cambi, que, por sua vez reporta-se a Luís Roberto Barroso, sob o aspecto histórico, o neoconstitucionalismo tem relação com a força normativa dada à Constituição, com a expansão da jurisdição constitucional e com o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. São temas por demais amplos que não cabe aqui desenvolver; todavia, todos têm vinculação com a importância dada ao texto constitucional a partir do pós-segunda guerra. São instrumentos de realização do Direito, entendendo-se como tais a concretização dos direitos e garantias fundamentais voltados, em especial, para a pessoa humana. Em todos os aspectos, a relação que se estabelece com o plano filosófico é grande porque é partir dos princípios que essa concretização se efetiva.

O que se chama de neoprocessualismo decorre da relação estabelecida entre Constituição e processo. É o que muitos denominam de "constitucionalização do direito infraconstitucional", no caso, o direito processual. Diversos princípios típicos (epistemológicos) do direito processual agora recebem tratamento constitucional no Brasil. O ponto central da discussão processual sai dos códigos de processo e repousa na Constituição. A supremacia da Constituição é agora, mais do que nunca, destacada. Cambi, por exemplo, diz que

> A supremacia da Constituição sobre a lei e a repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal um importante alicerce teórico.

[10] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47.

> Ao se incluir no rol do artigo 5º da CF a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa)[11].

Quando se fala, então, de neoprocessualismo retoma-se a discussão a respeito dos princípios como normas jurídicas fundamentais para (e no) o sistema a partir dos quais os direitos e garantias fundamentais são efetivados. Bueno lista e comenta diversos desses princípios ligados ao direito processual, entre os quais, o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a isonomia, a publicidade, a motivação, a vedação das provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos, a assistência jurídica integral e gratuita, a economia e eficiência processuais e a efetividade do processo[12].

Há, assim, um deslocamento do centro de discussão a respeito do direito processual. Antes, com uma Constituição meramente formal, os códigos detinham grande importância nesse debate. Agora, com a força normativa dada às Constituições, são os princípios que ocupam o ponto central da discussão não apenas sobre o direito processual, mas sobre o Direito como um todo.

3 ORIGEM DO *AMICUS CURIAE*

Há quem sustente que a figura do *amicus curiae* nasceu no direito romano. Atuava quando o julgamento da causa não dependesse apenas de conhecimentos jurídicos. A respeito dessa possível origem, Abraão reporta-se a Wolfgang Kunkel, esclarecendo que "no período da república romana, existia o chamado *consilium*, um conselho de amigos de prestígio, composto de verdadeiros assessores jurídicos, que sempre eram chamados a opinar publicamente em questões de relevante interesse público"[13].

Para outros, e aqui parece estar a verdadeira origem do que hoje se conhece como *amicus curiae*, seu surgimento ocorreu no direito inglês, mais especificamente no direito medieval inglês. Sua função era apontar e atualizar leis ou precedentes jurisprudenciais. Atualmente, no direito inglês, segundo Miorelli, "a admissão do

[11] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, rev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http//:www.panoptica.org>. Acesso em 01 nov.2011.

[12] BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

[13] ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa. *O amicus curiae no controle de constitucionalidade*: instrumento de democratização e aprimoramento da prestação jurisdicional. Orientadora Rosalina Moitta Pinto da Costa. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará (UFPA). Belém, 2011, p. 36.

amicus curiae está restrita aos casos em que interesses públicos estejam sob tutela, e também nos casos em que haja interesse da Coroa inglesa"[14].

No entanto, o maior incremento da figura do *amicus curiae* deve-se ao direito norte-americano. Foi no início do século XIX, que o *amicus curiae* desenvolveu-se nos EUA quando aceito pela Suprema Corte. Foi no ano de 1938 que a Suprema Corte regulamentou a figura. O primeiro caso de *Amicus curiae* dos Estados Unidos da América, segundo Costa, "ocorreu no ano de 1812 no caso *The Schooner Exchange* vs. *McFadden*, que se refere a um caso através do qual *Attorney General* foi admitido para opinar sobre questões relativas a marinha"[15].

No Direito Americano as regras não são muito delineadas. Há variações de Estado para Estado e de Tribunal para Tribunal. Nos EUA, mais da metade dos casos de *amicus curiae* são ocasionados pelo Solicitor General, que representa a União Federal. A "Rule 37"do Regimento Interno da Suprema Corte dos EUA estabelece o seguinte: a) o *amicus curiae* deve trazer matéria relevante (inédita) (não agitada pelas partes); b) o assentimento expresso das partes; c) mesmo em sustentação oral, o assentimento das partes é necessário; d) o Solicitor Geral não necessita de consentimento; e) o arrazoado ou o escrito que deve ser apresentado está sujeito a um limite; f) o *amicus curiae* deve fazer uma espécie de "preparo" para custeio processual, salvo se for isento[16].

---

[14] MIORELLI, Zilá T. *Amicus curiae como forma de intervenção de terceiro no processo civil brasileiro*. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

[15] COSTA, Fabrício Veiga. *A compreensão crítico-constitucional-democrática do amicus curiae a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas*. Revista Dialética de Direito Processual- RDDP, São Paulo: Mérito Representações, n.92, p. 9-22, nov. 2010.

[16] "Rule 37. Brief for an *Amicus curiae*

1. An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored. An *amicus curiae* brief may be filed only by an attorney admitted to practice before this Court as provided in Rule 5.
2. (a) An *amicus curiae* brief submitted before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 2(b) of this Rule.An *amicus curiae* brief in support of a petitioner or appellant shall be filed within 30 days after the case is placed on the docket or a response is called for by the Court, whichever is later, and that time will not be extended. An *amicus curiae* brief in support of a motion of a plaintiff for leave to file a bill of complaint in an original action shall be filed within 60 days after the case is placed on the docket, and that time will not be extended. An *amicus curiae* brief in support of a respondent, an appellee, or a defendant shall be submitted within the time allowed for filing a brief in opposition or a motion to dismiss or affirm. An *amicus curiae* shall ensure that the counsel of record for all parties receive notice of its intention to file an *amicus curiae* brief at least 10 days prior to the due date for the *amicus curiae* brief, unless the *amicus curiae* brief is filed earlier than 10 days before the due date. Only one signatory to any *amicus curiae* brief filed jointly by more than one *amicus curiae* must timely notify the parties of its intent to file that brief. The *amicus curiae* brief shall indicate

that counsel of record received timely notice of the intent to file the brief under this Rule and shall specify whether consent was granted, and its cover shall identify the party supported.

(b) When a party to the case has withheld consent, a motion for leave to file an *amicus curiae* brief before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be presented to the Court. The motion, prepared as required by Rule 33.1 and as one document with the brief sought to be filed, shall be submitted within the time allowed for filing an *amicus curiae* brief, and shall indicate the party or parties who have withheld consent and state the nature of the movant's interest. Such a motion is not favored.

3. (a) An *amicus curiae* brief in a case before the Court for oral argument may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 3(b) of this Rule. The brief shall be submitted within 7 days after the brief for the party supported is filed, or if in support of neither party, within 7 days after the time allowed for filing the petitioner's or appellant's brief. Motions to extend the time for filing an *amicus curiae* brief will not be entertained. The 10day notice requirement of subparagraph 2(a) of this Rule does not apply to an *amicus curiae* brief in a case before the Court for oral argument. An electronic version of every *amicus curiae* brief in a case before the Court for oral argument shall be transmitted to the Clerk of Court and to counsel for the parties at the time the brief is filed in accordance with guidelines established by the Clerk. The electronic transmission requirement is in addition to the requirement that bookletformat briefs be timely filed. The *amicus curiae* brief shall specify whether consent was granted, and its cover shall identify the party supported or indicate whether it suggests affirmance or reversal. The Clerk will not file a reply brief for an*amicus curiae*, or a brief for an *amicus curiae* in support of, or in opposition to, a petition for rehearing.

(b) When a party to a case before the Court for oral argument has withheld consent, a motion for leave to file an *amicus curiae* brief may be presented to the Court. The motion, prepared as required by Rule 33.1 and as one document with the brief sought to be filed, shall be submitted within the time allowed for filing an *amicus curiae* brief, and shall indicate the party or parties who have withheld consent and state the nature of the movant's interest.

4. No motion for leave to file an *amicus curiae* brief is necessary if the brief is presented on behalf of the United States by the Solicitor General; on behalf of any agency of the United States allowed by law to appear before this Court when submitted by the agency's authorized legal representative; on behalf of a State, Commonwealth, Territory, or Possession when submitted by its Attorney General; or on behalf of a city, county, town, or similar entity when submitted by its authorized law officer.

5. A brief or motion filed under this Rule shall be accompanied by proof of service as required by Rule 29, and shall comply with the applicable provisions of Rules 21, 24, and 33.1 (except that it suffices to set out in the brief the interest of the *amicus curiae*, the summary of the argument, the argument, and the conclusion). A motion for leave to file may not exceed 1,500 words. A party served with the motion may file an objection thereto, stating concisely the reasons for withholding consent; the objection shall be prepared as required by Rule 33.2.

6. Except for briefs presented on behalf of *amicus curiae* listed in Rule 37.4, a brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and whether such counsel or a party made a monetary contribution intended to fund the preparation or submission of the brief, and shall identify every person other than the *amicus curiae*, its members, or its counsel, who made such a monetary contribution. The disclosure shall be made in the first footnote on the first page of text." Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 23.nov.2011.

4 O DIREITO BRASILEIRO E O *AMICUS CURIAE*

De início, para que se tenha uma visão sintética de como o direito brasileiro vem ao longo do tempo regulamentando o *amicus curiae*, segue o quadro[17] abaixo:

Dispositivo Legal	Interventor	Requisitos	Comprovação de Interesse	Observações
Lei 6.385/76, art. 31	Comissão de Valores Mobiliários (CVM)	Matéria de atribuição da CVM	Dispensada	Doutrina e STF indicam tratar-se de *amicus curiae*
Lei 8.884/94, art. 89	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	Matéria relativa a direito de concorrência	Dispensada	A lei e o STJ aduzem tratar-se de assistência. A doutrina sustenta configurar *amicus curiae*.
Lei 9.469/97, art. 5º	Pessoa Jurídica de Direito Público	X	Interesse Econômico	Conforme o STJ, é assistência. A doutrina vacila entre *amicus curiae* e assistente atípico.
Lei 9.868/99, art. 7º	Ente com representatividade	Relevância da matéria	Dispensada	Para a doutrina e jurisprudência, trata-se de *amicus curiae*, cuja natureza jurídica não é consensual.

[17] SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. *Amicus curiae – instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro*. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

CPC, art. 482	Ente com representatividade	Relevância da matéria	Dispensada	Para a doutrina configura *amicus curiae*.
Lei 10.259/01, art. 14	Qualquer pessoa	Pedido de Uniformização no JEF	Dispensada	A doutrina aponta ser participação de *amicus curiae*.

Quanto à Lei n. 6.385/76, foi a Lei n. 6.616, de 16 de dezembro de 1978, que deu nova redação ao referido art. 31[18].

Além dos dispositivos constantes no quadro, o direito brasileiro contempla a figura do *amicus curiae* em outras situações previstas na legislação. No incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal previsto no art. 482, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC de 1973 também se admite a intervenção de *amicus curiae,* assim como no incidente de análise do recurso extraordinário por amostragem da repercussão geral do recurso extraordinário (§ 6º do art. 543-A do CPC de 1973, acrescentado pela Lei Federal n.

[18] Lei n. 6.385/76, Art. 31. Nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação.
Lei n. 8.884/94, Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.
Lei n. 9.469/97, Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.
Lei n. 9.868/99, Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 1º (Vetado). § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.
CPC, Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.
Lei n. 10.259/01, Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. (...) § 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

11.418/2006), no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional (art. 3º, § 2º, da Lei Federal n. 11.417/2006), no incidente de julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos (543-C, §§ 3º e 4º, CPC de 1973)[19].

A Resolução n. 390, de 17.09.2004, do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, é a única norma do ordenamento jurídico brasileiro que se refere, até o advento do CPC de 2015 (Lei nº 13.105, de 16.03.2015), expressamente, ao *amicus curiae*[20].

Embora seja instituto que venha, como visto, sendo referido pela legislação brasileira desde 1978, somente no ano de 2004, pela Emenda Regimental 15/2004, o § 3º, do art. 131[21] do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) foi atualizado para admitir a figura do *amicus curiae*.

Não custa ressaltar que a Constituição Federal de 1988, apesar do seu forte caráter democrático, que faz referência a tipos de ações, princípios do direito processual, institutos etc., não se reporta à figura do *amicus curiae*. Sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro é muito anterior à Carta Política e sua construção é fruto da doutrina e da jurisprudência. No âmbito da jurisprudência do STF, o *leading case* é a MC na ADIn 2.321/DF[22], Relator Min. Celso de Mello.

---

[19] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª ed., Salvador: *Jus*Podivm, 2009, p. 390.

[20] Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente. § 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de "*amicus curiae*", cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.

[21] Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. (...) § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento.
§ 3º acrescido pela Emenda Regimental nº 15, de 30.03.2004, DJU de 01.04.2004, em vigor na data de sua publicação.

[22] ADI 2321 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/10/2000 Órgão Julgador Tribunal Pleno. Publicação: DJ 10-06-2005 PP-00004. EMENT VOL-02195-1 PP-00046. RTJ VOL-00195-03 PP-00812. E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÃO EMANADA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - MERA DECLARAÇÃO DE "ACCERTAMENTO", QUE NÃO IMPORTOU EM AUMENTO DE REMUNERAÇÃO NEM IMPLICOU CONCESSÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA NOVA - INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO POSTULADO DA RESERVA DE LEI FORMAL - RECONHECIMENTO DO DIREITO DOS SERVIDORES (ATIVOS E INATIVOS) DA SECRETARIA DESSA ALTA CORTE ELEITORAL À DIFERENÇA DE 11,98% (CONVERSÃO, EM URV, DOS VALORES EXPRESSOS EM CRUZEIROS REAIS) - INCORPORAÇÃO DESSA PARCELA AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DOS AGENTES ESTATAIS - IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DE TAL PARCELA (PERCENTUAL DE 11,98%), SOB PENA DE INDEVIDA DIMINUIÇÃO DO

ESTIPÊNDIO FUNCIONAL - GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO - CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM FACE DE ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL. - O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, não está impedido de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, "in abstracto", de atos ou de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. Também não incidem nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. - Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, em consequência, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, em tese, não de uma situação concreta, mas da validade jurídico-constitucional, a ser apreciada em abstrato, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "*AMICUS CURIAE*": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do "*amicus curiae*", permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do "*amicus curiae*", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "*amicus curiae*" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUANDO AJUIZAR AÇÃO DIRETA, DEVE ASSUMIR TODOS OS ENCARGOS INERENTES À POSIÇÃO DE QUEM FAZ INSTAURAR O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA, DEDUZINDO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO IMPUGNADO. - Incumbe, ao Procurador-Geral da República, quando ajuizar a ação direta, o dever de assumir todos os encargos inerentes à posição de quem faz instaurar o processo de fiscalização normativa abstrata, inclusive aquele que se refere à obrigação de pedir a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado. Encargo processual atendido, na espécie, pelo Chefe do Ministério Público da União. - O Procurador-Geral da República não mais pode, ante a pluralização dos sujeitos processuais ativamente legitimados ao exercício da ação direta (CF, art. 103), limitar-se ao mero encaminhamento formal de representações que lhe venham a ser dirigidas, incumbindo-lhe assumir - como se impõe, de ordinário, a qualquer autor - a posição de órgão impugnante da espécie normativa por ele questionada, deduzindo, sem qualquer ambiguidade, pretensão ao

reconhecimento da inconstitucionalidade das leis e atos estatais cuja validade jurídica conteste em sede de controle concentrado. - Desde que se ampliou, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a pertinência subjetiva da lide, com o estabelecimento de um regime de legitimidade ativa "ad causam" concorrente (CF, art.103) não mais subsiste a "ratio" que justificava, sob a égide das Cartas Políticas anteriores, o comportamento processual adotado, em muitos processos, pelo Procurador-Geral da República, a quem incumbia, então, enquanto "dominus litis", o monopólio da titularidade do poder de agir em sede de fiscalização normativa abstrata. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL: INOCORRÊNCIA. - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de ato emanado do Tribunal Superior Eleitoral, (a) indica, de forma adequada, as normas de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre esse ato estatal de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a consequente declaração de ilegitimidade constitucional da resolução questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. CONTEÚDO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO EMANADA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - RELATIVA INDETERMINAÇÃO SUBJETIVA DE SEUS DESTINATÁRIOS - QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. - A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos - abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade - qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais. - Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, impugnada na presente ação direta, que se reveste de conteúdo normativo, eis que traduz deliberação caracterizada pela nota da relativa indeterminação subjetiva de seus beneficiários, estipulando regras gerais aplicáveis à universalidade dos agentes públicos vinculados aos serviços administrativos dessa Alta Corte judiciária. SUPOSTA TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, POR ALEGADA NECESSIDADE DE LEI FORMAL PARA A CONCESSÃO DE AUMENTO DE VENCIMENTOS DOS AGENTES PÚBLICOS INTEGRANTES DOS SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS DOS TRIBUNAIS - OFENSA INOCORRENTE - MERA DECLARAÇÃO DE "ACCERTAMENTO" - DELIBERAÇÃO QUE NÃO IMPORTOU EM AUMENTO DE REMUNERAÇÃO NEM IMPLICOU CONCESSÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA NOVA. - O Tribunal Superior Eleitoral, longe de dispor sobre tema resguardado pelo princípio constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal, limitou-se a proceder, em sede administrativa, a uma simples recomposição estipendiária, que não se identifica com aumento de remuneração, que não veicula o deferimento de vantagem pecuniária indevida nem traduz, ainda, outorga, em caráter inovador, de qualquer das situações financeiras de vantagem a que se refere o art. 169, § 1º, da Constituição. - A resolução do TSE destinou-se a neutralizar e a corrigir distorções, que, provocadas por inconstitucional aplicação do critério de conversão pela URV, impuseram, aos servidores administrativos do Poder Judiciário, em decorrência da não-utilização do critério da URV pertinente ao dia do efetivo pagamento (CF, art. 168), a injusta supressão de parcela (11,98%) que ordinariamente deveria compor a remuneração funcional de tais agentes públicos. - A decisão administrativa emanada do Tribunal Superior Eleitoral, precisamente por não se revestir de índole constitutiva, traduziu, em essência, mera declaração de "accertamento" de um direito à recomposição estipendiária injustamente lesado por erro do Estado, que, ao promover a incorreta conversão, em URV, dos vencimentos/proventos expressos em cruzeiros reais devidos aos servidores do Poder Judiciário, transgrediu a cláusula de garantia inscrita no art. 168 da Constituição da República. O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, AO EDITAR O

5 NATUREZA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE*

Um dos pontos mais controvertidos sobre a figura do *amicus curiae* é dizer qual a sua natureza jurídica. Há diversas posições a respeito. Na doutrina, por exemplo, o *amicus curiae* é apontado como terceiro interessado, isto é, como detentor de interesse jurídico; seria um assistente simples, pois se limitaria a oferecer ajuda a uma das partes; sua intervenção teria natureza litisconsorcial, já que formularia novo pedido e ampliaria o objeto do processo. Há proposições, que, por não concordarem com as já referidas, dão nomenclatura própria ao *amicus curiae* como uma figura com intervenção atípica, anômala ou *sui generis*.

Cândido Dinamarco, por exemplo, sustenta que o *amicus curiae* seria uma parte imparcial, pois teria um interesse público relevante no processo e ocuparia uma posição *ultra partes:*

> Como no direito americano, aqui também a oportunidade de admitir um *amicus curiae* vincula-se à presença de um relevante *interesse público*, como fator de projeção *ultra partes* dos efeitos da decisão judiciária esperada (Black's). Tanto quanto o *custos legis* representado pelo Ministério Público, o *amicus curiae* é uma *parte imparcial* e suas manifestações devem pautar-se pela busca de uma decisão juridicamente correta e politicamente adequada, sem vinculação com o interesse de qualquer das partes em litígio; mas a participação desse sujeito é efêmera e não se destina a alongar-

ATO QUESTIONADO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, ADSTRINGIU-SE AOS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL E CONFERIU EFETIVIDADE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. - A deliberação do TSE - ao determinar a correção de erro cometido pelo Poder Público no cálculo de conversão, em URV, de valores expressos em cruzeiros reais correspondentes à remuneração funcional então devida aos servidores administrativos da Secretaria do Tribunal Superior Eleitoral e ao autorizar, ainda, a incorporação do índice percentual de 11,98% ao estipêndio a que tais agentes públicos fazem jus - nada mais refletiu senão a estrita observância, por essa Egrégia Corte judiciária, dos limites de sua própria competência, o que lhe permitiu preservar a integridade da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos/proventos instituída em favor dos agentes públicos (CF, art. 37, XV). Com tal decisão, ainda que adotada em sede administrativa, o Tribunal Superior Eleitoral conferiu efetividade à garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, pois impediu que os valores constantes do Anexo II (que contém a tabela de vencimentos das carreiras judiciárias) e do Anexo VI (que se refere aos valores-base das funções comissionadas), relativos a agosto de 1995 e mencionados na Lei nº 9.421/96, continuassem desfalcados da parcela de 11,98%, que havia sido excluída, sem qualquer razão legítima, do cálculo de conversão em URV erroneamente formulado pelo Poder Público. Decisão: O Tribunal, preliminarmente, decidiu no sentido de que os Ministros que integram o Tribunal Superior Eleitoral, inclusive o seu Presidente, que prestou as informações, não estão impedidos. O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, recusou a preliminar de inépcia da inicial. Ainda por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, conheceu da ação direta. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal indeferiu a medida cautelar, vencidos os Senhores Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves. Votou o Presidente. Plenário, 25.10.00.

> se por todo o tempo de duração do processo, como é o caso do fiscal da lei[23].

Outros propõem que o *amicus curiae* seria um auxiliar do juízo[24], ou, ainda assistente, mas da espécie qualificada e não simples. Didier, por exemplo, sustenta que o *amicus curiae* é verdadeiro auxiliar do juízo, uma vez que (i) não ingressando no feito como parte não pode ser uma espécie de intervenção de terceiro; (ii) não atua como *custos legis*, pois, em regra, não é obrigado a intervir, não fiscaliza decisões e pode atuar em qualquer lide mesmo naquelas que não envolvam direitos indisponíveis; (iii) não é terceiro, pois atua no processo. Portanto, seria ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares de justiça, um dos sujeitos processuais, um auxiliar do juízo. Além disso, o amigo da Corte não recebe honorários, não está sujeito a suspeição e impedimento e sua atuação não se restringe a questões fáticas[25].

Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o *amicus curiae* tem sua natureza jurídica, para citar apenas dois casos, ora apontada como "terceiro" numa expressão genérica, ora como "assistente":

> [...] 2. A intervenção do *amicus curiae* no processo deve se ater ao interesse público do processo submetido à análise judicial, sobre o qual se legitima a participação processual do terceiro. [...] (Recurso Especial nº 1192841/RJ (2010/0077745-0), 3ª Turma do STJ, Rel. Nancy Andrighi. j. 16.12.2010, unânime, DJe 13.05.2011)
>
> [...] 6. Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*" (REsp 737073/RS. Ministro Luiz Fux. 1ª Turma/STJ. Julg. 06/12/2005. DJ 13/02/2006 p. 700. RDDP vol. 37 p. 130).

Não há também uniformidade de tratamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Apenas para mencionar dois julgados, em um deles o *amicus curiae* é nominado apenas como "terceiro", já no outro, recebe a qualificação de "colaborador informal da Corte":

---

[23] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol II, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 402.

[24] Para Abraão, depois de fazer um longa referência à doutrina a respeito da natureza jurídica do *amicus curiae*, sustenta que "Diante de todos esses pormenores, e mesmo sabendo da dificuldade em se definir uma natureza jurídica única para todos os casos de *amicus curiae* que temos, entendemos, com as devidas vênias, que – a princípio – trata-se de modalidade peculiar de *auxiliar do juízo*". (ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa. *O amicus curiae no controle de constitucionalidade*: instrumento de democratização e aprimoramento da prestação jurisdicional. Orientadora Rosalina Moitta Pinto da Costa. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará (UFPA). Belém, 2011, p. 45).

[25] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª ed., Salvador: *Jus*Podivm, 2009, p. 389-395.

> Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada no julgamento das ações diretas acima mencionadas, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. (ADI 2.777, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-03, Informativo 331)
>
> [...] 4. No julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.581/SP, interposto por *amicus curiae*, o Ministro Maurício Corrêa sintetizou o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao papel desempenhado por esse interveniente processual: "Importa ressaltar, contudo, que a intervenção processual do '*amicus curiae*' em ação direta de inconstitucionalidade é admitida em nosso ordenamento jurídico 'para efeito de manifestação sobre a questão de direita subjacente à própria controvérsia constitucional' e 'tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia' (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.130/SC, Celso de Mello, DJ de 02.02.01). A sua atuação nesta via processual 'como colaborador informal da Corte' não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *'ad coadjuvandum'* (Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748/RS, Celso de Mello, DJ de 18.11.94). 6. Assim, como mero colaborador informal, o '*amicus curiae*' não está legitimado para recorrer das decisões proferidas em ação direta [...]" (DJ 18.04.2002). [...] (EMB. DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.615-7/PA-STF. RELATOR: CÁRMEN LÚCIA. DJe 25.04.2008).

Ainda quanto à discussão sobre a natureza jurídica do *amicus curiae*, é importante destacar aquilo que Cambi e Damasceno denominam de "espécies de intervenção" dessa figura jurídica[26]. Segundo esses autores, é possível destacar três espécies de intervenção: primeira, a que se dá por provocação do juízo, a exemplodas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999; segunda, quando o *amicus* atua em decorrência de seu poder de polícia, como ocorrem nas intervenções da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade); e, por fim, quando a legislação permite a intervenção voluntária do amigo da Corte, em decorrência de um direito próprio à manifestação, como aquelas voltadas ao controle de constitucionalidade, a uniformização da jurisprudência ou sobre questão de repercussão geral.

Outro aspecto ainda discutido e que tem relação com a natureza do *amicus curiae* é quanto ao interesse por ele defendido em juízo. Nesse ponto é preciso distinguir entre

[26] CAMBIO, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae e processo coletivo: uma proposta democrática*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v.36, n. 192, p 13-46, fev. 2011.

o que se denomina de "interesse subjetivo público" e o "interesse institucional"[27]. Este último, é o interesse do Estado, que não deixa, por isso, de ser um interesse público, mas que não se confunde com o interesse público existente no processo e que, este sim, relaciona-se com a intervenção do *amicus curiae*. A esse respeito, o STJ já se pronunciou:

> [...] 2. A intervenção do *amicus curiae* no processo deve se ater ao interesse público do processo submetido à análise judicial, sobre o qual se legitima a participação processual do terceiro. 3. O interesse institucional pode eventualmente caracterizar-se como público, desde que transcenda o interesse individual do próprio *amicus curiae*. 4. O pedido de assistência exige a iniciativa do terceiro, que deve peticionar expondo os fatos e as razões pelas quais considera ter interesse jurídico na demanda. 5. Recurso especial parcialmente provido. (Recurso Especial nº 1192841/RJ (2010/0077745-0), 3ª Turma do STJ, Rel. Nancy Andrighi. j. 16.12.2010, unânime, DJe 13.05.2011).

Apesar de toda a construção doutrinária e jurisprudencial, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16.03.2015) insere o *amicus curiae* no Capítulo V do Título III, que trata da intervenção de terceiros, ao lado da assistência, da denunciação em garantia e do chamamento ao processo. O art. 138 do novo CPC dispõe:

> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.
> § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3o.
> § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.
> § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas

[27] "O pretenso *amicus curiae* precisa demonstrar que tem interesse na solução da controvérsia e que o deslinde que será dado à causa poderá afetá-lo de alguma forma. Ele também pode ter o chamado "interesse subjetivo público". A título de exemplo, cita-se o pedido da CNBB para ingressar como *amicus curiae* no julgamento do aborto de feto anencefálico pelo STF. Entende-se por interesse público não só aquele constante nos interesses difusos e coletivos, os chamados transindividuais, mas também nos individuais homogêneos que, "apesar de terem como titulares sujeitos individualmente considerados, atingem consideráveis parcelas da população, autorizando a admissão do colaborador no processo". (MIORELLI, Zilá T. *Amicus curiae como forma de intervenção de terceiro no processo civil brasileiro*. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297).

O novo CPC está sob *vacatio* e entra em vigor somente após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial (art. 1045). A publicação ocorreu no DOU de 17.03.2015.

6 *AMICUS CURIAE*: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E QUESTÕES PROCESSUAIS

O objetivo deste item é, sobretudo, apresentar a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade a partir, principalmente, de pronunciamentos do STF. As questões serão pontuais e a remissão a julgados sempre será feita.

A Lei n. 9.868, de 10.11.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, não admite (art. 7º) a intervenção de terceiros no processo de ação direta de constitucionalidade. No entanto, no mesmo dispositivo, o relator poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, desde que a matéria seja considerada relevante e os postulantes detenham representatividade. É a figura do *amicus curiae*. A propósito, esta é questão pacífica no STF:

> [...] A participação de terceiros nos processos objetivos de controle de constitucionalidade é vedada, salvo na qualidade de *amicus curiae*, colaboradores que trazem aos autos informações relevantes ou dados técnicos, se assim entender necessário o relator. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que são incabíveis os recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual" (ADI 3.819-ED, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 5-6-07, *DJ* de 13-6-07).

Esse dispositivo (art. 7º da Lei n. 9.868, de 10.11.1999) consagrou para Moraes a figura do *amicus curiae* no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro:

> Essa inovação passou a consagrar no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro a figura do *amicus curiae*, ou 'amigo da Corte', cuja função primordial é juntar aos autos parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo Tribunal, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão sobre a constitucionalidade da espécie normativa impugnada.
> Em face do processo objetivo que rege o controle concentrado de constitucionalidade, e, consequentemente, da existência de causa de pedir aberta, toma-se importante a possibilidade da opinião do *amicus curiae*, permitindo-se, pois, ao Tribunal, o

> conhecimento pleno das posições jurídicas e dos reflexos diretos e indiretos relacionados ao objetivo da ação[28].

No processo referente à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), embora a Lei n. 9.882, de 03.12.1999, não contenha dispositivo específico sobre a intervenção do *amicus curiae*, o STF, à semelhança do entendimento quanto à Lei n. 9.868, de 10.11.1999, admite a participação do amigo da Corte[29].

Essa intervenção tem sido admitida também em recurso extraordinário onde se discuta controle de constitucionalidade[30]. Mendes, Coelho e Branco, em razão dos múltiplos aspectos que envolvem as questões afetas à discussão sobre inconstitucionalidade, propõem a participação do *amicus curiae*, entre outros, nesse tipo de processo:

> Diante dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, sustentamos a razoabilidade, se não a obrigatoriedade, de que se reconhecesse a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau, o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal. Idêntica participação deveria ser deferida ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato normativo.

---

[28] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2.420.

[29] "(...) a Lei no 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, não traz dispositivo explicito acerca da figura do *amicus curiae*. No entanto, vem entendendo este Supremo Tribunal Federal cabível a aplicação analógica do art. 7º da Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999 (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio e ADPF 73, Rel. Min. Eros Grau). E o fato e que esse dispositivo legal, após vedar a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, diz, em seu § 2º, que 'o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades'. Não obstante o § 1o do art. 7º da Lei no 9.868/99 haver sido vetado, a regra e, segundo entendimento deste Supremo Tribunal Federal, a de se admitir a intervenção de terceiros ate o prazo das informações. Sucede que a própria jurisprudência desta nossa Corte vem relativizando esse prazo. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, 'especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, e possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo [o das informações]' (ADI 3.614, Rel. Min. Gilmar Mendes). Nesse sentido foi também a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes na ADPF 97" (ADPF 183, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, julgamento em 1°-12-09, *DJE* de 7-12-09).

[30] "Cabe observar, preliminarmente, que esta Suprema Corte tem admitido o ingresso, na relação processual, do *amicus curiae*, mesmo que se trate, como ocorre na espécie, de recurso extraordinário interposto contra acórdão que consubstancie julgamento emanado de Tribunal local, proferido em processo de controle normativo abstrato" (RE 597.165, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 4-4-2011, DJE de 12-4-2011).

> Essa proposta acabou sendo incorporada ao texto da Lei n. 9.868/99 (art. 29). Vê-se, pois, que a alteração introduzida pela Lei n. 9.868/99 admite a manifestação, no incidente de inconstitucionalidade, do Ministério Público, das pessoas jurídicas responsáveis pela edição do ato e dos titulares do direito de propositura na ação direta de inconstitucionalidade. Dentro dessa estrutura plural, facultou-se ao relator a possibilidade de admitir, por despacho irrecorrível, a efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter estrutura semelhante à dos processos de índole estritamente objetiva (ADI, ACD e ADPF)[31].

Para o ingresso do *amicus curiae,* tem sido exigida a relevância da matéria e a representatividade do terceiro (*amicus curiae*). "A admissão de terceiros, 'órgãos ou entidades', nos termos da lei, na condição de *amicus curiae*, configura circunstância de fundamental importância, porém de caráter excepcional, e que pressupõe, para tornar-se efetiva, a demonstração do atendimento de requisitos, dentre os quais, a relevância da matéria e a representatividade do terceiro" (ADPF 134-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 22-4-08, *DJE* de 30-4-08). Quanto à pertinência temática, o STF tem feito essa exigência para admitir o ingresso do *amicus curiae* (ADI 3.931, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 6-8-08, *DJE* de 19-8-08). Comentando esses requisitos, Abraão sustenta:

> A representatividade adequada é examinada com base no próprio estatuto ou ato constitutivo da entidade ou órgão interveniente, o qual necessariamente deve ser anexado à sua manifestação. Dentre os objetivos institucionais da entidade/órgão deve estar a defesa dos interesses que estão sendo debatidos em juízo.
>
> A relevância da causa é requisito de ordem subjetiva, todavia, queremos crer que todas as ações em que se discute a constitucionalidade ou não de um ato normativo são relevantes não apenas do ponto de vista jurídico, mas também econômico, social, político. Assim, não há grandes obstáculos à satisfação deste requisito.
>
> Além desses requisitos legais, o STF vem exigindo o requisito da pertinência temática para que o interessado ingresse na causa. Nesse ponto, entendemos que se trata de requisito que possui íntima relação com a representatividade adequada do ente/órgão interveniente. Para a verificação da representatividade, examinam-se os seus objetivos institucionais da pertinência temática nada mais é senão essa mesma correção entre os interesses e objetivos do interveniente e os interesses debatidos em juízo[32].

[31] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.074-1075.

[32] ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa. *O amicus curiae no controle de constitucionalidade*: instrumento de democratização e aprimoramento da prestação jurisdicional. Orientadora Rosalina Moitta Pinto da Costa.

Com relação ao momento para esse ingresso, tem-se admitido uma certa flexibilidade. Embora, a teor das disposições da Lei n. 9.868/99, o pedido de ingresso deva ser feito no prazo das informações, o STF tem admitido a participação do amigo da Corte após essas informações, desde que a sua intervenção ocorra até a data em que o Relator libere o processo para pauta. Como o objetivo da intervenção é auxiliar no julgamento, o *amicus curiae* receberá o processo no estado em que se encontrar. Pedidos feitos, por exemplo, na véspera da data do julgamento têm sido negados[33].

Embora a regra seja a não admissão de pessoa física como *amicus curiae,* já houve exceção. Em nota de rodapé (nº. 195), Didier, faz consignar que

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará (UFPA). Belém, 2011, p. 102-103.

[33] "Admissão de *amicus curiae* mesmo após terem sido prestadas as informações" (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 7-12-05, DJ de 27-10-06)
"Esclareço que, como regra, o pedido de admissão como *amicus curiae* deve ser feito no prazo das informações (arts. 6º e 7º, § 2º, Lei n. 9.868/99). No entanto, conforme consignou o Ministro Gilmar Mendes em decisão que proferiu na ADI n. 3.998, 'especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo'. Pois é justamente o que ocorre no presente caso. É relevantíssima a questão objeto desta ação declaratória, assim como é manifesta a contribuição que os postulantes podem trazer à sua resolução, eis que nestes autos comparecem em defesa da seguridade social e da melhor interpretação da matéria, de sorte a evitar, até mesmo, uma indevida confusão entre a questão aqui discutida e aspectos particulares do ICMS" (ADC 18, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, julgamento em 22-4-08, DJE de 2-5-08)
"O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta» (ADI 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 22-4-09, Plenário, *DJE* de 16-10-09). No mesmo sentido: ADI 4.246, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, julgamento em 10-5-2011, *DJE* de 20-5-2011; ADI 4.067-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-3-2010, Plenário, *DJE* de 23-4-2010; RE 586.453, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 2-3-10, *DJE* de 9-3-10. ADI 4.214, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, julgamento em 2-3-10, *DJE* de 9-3-10; ADI 3.978, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 20-10-2009, *DJE* de 26-10-2009; ADI 2.669, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 25-5-09, *DJE* de 2-6-09. A consequência da intervenção tardia do *amicus* há de ser apenas a impossibilidade de praticar atos processuais cujo prazo já se tenha exaurido. Em outras palavras, o interveniente recebe o processo no estado em que o encontre'. No mais, creio ser inequívoca a representatividade do peticionário, que, aliás, é direto destinatário dos dispositivos impugnados. Ante o exposto, admito o ingresso do *amicus curiae*" (ADI 3.408, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, julgamento em 23-9-08, *DJE* de 1º-10-08). **No mesmo sentido:**ADI 4.163, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 3-11-09, *DJE* de 13-11-09.
"A entidade que participa na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, aportando aos autos informações relevantes ou dados técnicos, confere ao processo caráter pluralista. Pode contribuir de forma significativa com esta Corte. Na hipótese dos autos, contudo, a petição em que é postulada a participação como *amicus curiae* foi protocolada na data de hoje, véspera da sessão de julgamento. Não vislumbro como a peticionária poderia colaborar neste feito, dado o encerramento da instrução processual desta ação direta. O deferimento do pedido prestar-se-ia somente a retardar a prestação jurisdicional" (ADI 4.001, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 14-5-08, *DJE* de 21-5-08)

> No célebre julgamento do Habeas Corpus n. 82424, em que se delineou o alcance do crime de racismo, previsto constitucionalmente, o STF admitiu a intervenção de *amicus curiae*, o Prof. Celso Lafer, a despeito da existência de regra expressa no processo neste sentido. Trata-se de julgamento também por este aspecto histórico, pois serve de paradigma para que se permita a intervenção deste auxiliar sempre a que a relevância da causa assim impuser[34].

É uma situação excepcional, pois a própria redação do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 reporta-se expressamente a órgão ou entidade. Daí a assertiva de Abraão em dizer que "[o] STF vem rejeitando a admissão de pessoas físicas para este fim sob a justificativa de que ingressam visando à solução de sua causa particular (interesse concreto na resolução da lide)"[35]. Apesar disso, a autora, mais adiante, posiciona-se "no sentido de admitir pessoas físicas como *amicus curiae* apenas quando a manifestação destas tiver sido especificamente requerida pelo juízo"[36].

A admissão do *amicus curiae* decorre de despacho do relator e esse despacho, por força da Lei n. 9.868/99, é irrecorrível, o que vem sendo reiteradamente mantido pelo STF[37]. Logo abaixo são discutidos alguns aspectos sobre o direito de recorrer do *amicus curiae*.

Participando o *amicus curiae* do processo, inicialmente, o STF não admitia a sustentação oral do *amicus*; posteriormente, entretanto, esse entendimento foi revisto e passou-se a admiti-la[38], aplicando-se as disposições do Regimento Interno da Corte

---

[34] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª ed., Salvador: *Jus*Podivm, 2009, p. 390.

[35] ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa. *O amicus curiae no controle de constitucionalidade*: instrumento de democratização e aprimoramento da prestação jurisdicional. Orientadora Rosalina Moitta Pinto da Costa. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará (UFPA). Belém, 2011, p. 104.

[36] ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa. *O amicus curiae no controle de constitucionalidade*: instrumento de democratização e aprimoramento da prestação jurisdicional. Orientadora Rosalina Moitta Pinto da Costa. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará (UFPA). Belém, 2011, p. 105.

[37] "Nos termos do art. 7o, § 2o, da Lei no 9.868/99, compete ao relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por meio de despacho irrecorrível, admitir ou não pedidos de intervenção de interessados na condição de *amicus curiae*. (...)" (ADI 4.214, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, julgamento em 17-12-09, DJE de 1º-2-10)

[38] Em face da relevância da questão e tendo em vista a sua repercussão na ordem pública, admito o ingresso do peticionário na presente ação direta, na qualidade de *amicus curiae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30 de março de 2004" (ADI 4.061, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, julgamento em 9-6-09, DJE de 19-6-09). No mesmo sentido: ADI 4.355, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 10-3-10, DJE de 16-3-10.

(art. 131)[39]. Para Mendes, Coelho e Branco essa permissão do STF à sustentação oral "parece acertada, pois permite, em casos específicos, que a decisão na ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiada por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição"[40].

Quanto ao direito de recorrer, é farta a jurisprudência do STF negando tal direito ao *amicus curiae*[41]. Todavia, Abraão sustenta que essa negativa deve ser revista quanto aos casos em que for inadmitida sua intervenção quando previsto o seu ingresso voluntário:

> Entendemos ser possível conferir legitimidade recursal ao *amicus* em relação à decisão que o inadmite em processos para os quais é previsto seu ingresso voluntário, a exemplo das ações de controle de constitucionalidade e do próprio controle difuso. Nesses casos, a admissão de interessados se justifica em função da relevância da questão debatida, do interesse que os move a intervir, que é público e/ou institucional, bem como em face de que eles representam uma coletividade ou um sem número de interessados difusos na sociedade. Tais motivos nos levam a crer que não é razoável que, por conta de um juízo monocrático discricionário negativo, o interessado perca peremptoriamente o direito de se manifestar em juízo[42].

Aliás, a esse respeito, já houve decisão do STF[43] admitindo a possibilidade de impugnação por parte do *amicus* quanto ao despacho que não tenha admitido sua

[39] Art. 131. (...) § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento.

[40] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.124.

[41] "Ação direta de inconstitucionalidade. Embargos de declaração opostos por *amicus curiae*. Ausência de legitimidade. Interpretação do § 2º da Lei n. 9.868/99. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. Precedentes" (ADI 3.615-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 17-3-08, DJE de 25-4-08). No mesmo sentido: ADI 3.934-ED-segundo-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 24-2-2011, Plenário, DJE de 31-3-2011; AI 639.966-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 6-4-10, DJE de 14-4-10; ADC 18-ED, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, julgamento em 22-4-09, DJE de 2-5-09; ADI 2.591-ED, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-12-06, DJ de 13-4-07, ADPF 183-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, julgamento em 28-9-09, DJE de 7-10-09; ADI 3.772-ED, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-9-09, DJE de 7-10-09.

[42] ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa. *O amicus curiae no controle de constitucionalidade*: instrumento de democratização e aprimoramento da prestação jurisdicional. Orientadora Rosalina Moitta Pinto da Costa. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará (UFPA). Belém, 2011, p. 109.

[43] "Incognoscível o recurso. É que a Corte já assentou não ter, o *amicus curiae*, legitimidade para recorrer de decisões proferidas em processo de ação direta de inconstitucionalidade, senão

participação. O novo CPC no § 3º do art. 138 reconhece a possibilidade de interposição de recurso pelo *amicus curiae* da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

7 *AMICUS CURIAE*: PARTICIPAÇÃO POPULAR

Como corolário da discussão desenvolvida no início, a participação do amigo da Corte tem profunda relação com a índole democrática da Constituição, que propicia a participação em processos, por exemplo, de órgãos ou entidades e, eventualmente, como visto, até mesmo de pessoa física alheia à relação processual, dada a feição participativa própria dos atuais regimes democráticos.

O *amicus curiae* nesse contexto é um instituto de matiz democrático e tem a força de pluralizar[44] o debate constitucional. No momento histórico em que se vive em que os direitos fundamentais são cada vez mais reafirmados nos textos constitucionais, a Constituição não pode mais ser vista como um texto meramente normativo a partir do qual uma comunidade estrita (ou restrita) de técnicos (juízes, membros do Ministério Público, advogados etc.) realiza o debate constitucional. Há um rompimento desse modelo e a abertura torna-se consequência natural.

A partir do pensamento de Peter Häberle, Mendes, Coelho e Branco entendem que a interpretação constitucional acontece agora numa sociedade pluralista e aberta:

> À luz dessa concepção, em palavras do próprio Häberle, a lei constitucional e a *interpretação constitucional republicana* aconteceriam numa sociedade *pluralista e aberta*, como obra de todos os participantes, em *momentos de diálogo* e de *conflito*, de *continuidade* e de *descontinuidade*, de tese de antítese. Só assim, entendida como *ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade*, a Carta Política será também uma *constituição aberta,* de uma *sociedade aberta* e verdadeiramente *democrática*[45].

apenas para, na condição de requerente, impugnar a decisão que lhe não admita a intervenção na causa, naqueloutra qualidade (cf.: ADI n. 2.591-ED, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, j. 14-12-2006, Informativo STF n. 452, 11 a 15 de dezembro de 2006). Diante do exposto, não conheço dos embargos de declaração. Observem o disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99. Não cabe recurso contra o ato mediante o qual o relator decide sobre a admissibilidade, ou não, da intervenção de terceiro no processo revelador de ação direta de inconstitucionalidade. (...)" (ADI 4.022, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 13-4-08, DJE de 25-4-08). No mesmo sentido:ADPF 183-ED, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, julgamento em 1º-9-09, *DJE* de 8-9-09.

[44] Processo objetivo de controle normativo abstrato. Possibilidade de intervenção do amicus curiae: um fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional. (ADI 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-00, DJ de 10-6-05).

[45] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 30.

A tese de Häberle, fundada em Karl Popper[46], projetada sobre o Direito Constitucional, consiste na existência de uma *sociedade aberta de intérpretes e da Constituição*. Logo, a função de interpretar a Constituição não pode ser exclusiva de um Tribunal Constitucional. É também dos outros tribunais, advogados, juízes, membros do Ministério Público etc., mas, não apenas dessa *sociedade fechada*: é da opinião pública, é de todos os cidadãos[47].

A inserção da figura do *amicus curiae* no direito brasileiro foi para Mendes e Vale "um eloquente exemplo da forte doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição"[48].

Esse tipo de participação popular nas decisões emanadas do Poder Judiciário dá-lhe um fator de legitimação social em seus julgamentos, pois não são resultado de um "processo democrático" em que o Judiciário ouve apenas as partes, mas também aqueles que puderem auxiliar no julgamento. Essa participação, portanto, é o exercício da própria cidadania[49] em que os cidadãos, através de órgão ou entidades, ou, excepcionalmente, por si mesmos, "aprimoram" a tutela jurisdicional.

Essa pluralidade de visões dá ao julgamento aquilo que Mendes e Vale denominam de "colorido diferenciado":

> Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, o Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos "amigos da Corte".

---

[46] "Encuanto a la idea de Häberle de la Constitución del pluralismo, señala como uno de sus referentes la obra de Karl Popper, de quien toma la idea de la sociedad abierta. Declara, empero, que Popper no aborda el problema de que toda sociedad abierta requiere de un consenso cultural fundamental (el orden constitucional) que haga posibles la apertura y la cohesión. Este es un aspecto de la mayor relevancia en tanto que si bien la democracia "es la forma estatal que se corresponde com la dignidad del ser humano", en una sociedad abierta también existen ámbitos donde la democracia no es el principio dominante (Balaguer, p. 33). Es el caso de lãs organizaciones académicas, artísticas o deportivas. La existencia y el funcionamiento jerarquizado de estas organizaciones, empero, no desvirtúan la vigencia de la democracia constitucional" (VALADÉS, Diego. *Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/559/371>. Acesso em 04 fev.2012).

[47] CAMAZANO, JoaquínBrage. *Algunas ideas de Peter Häberle sobre la jurisdición constitucional*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/557/369>. Acesso em 04 fev.2012.

[48] MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/ index.php/observatorio/article/view/553/365>. Acesso em 04 fev.2012.

[49] [...] 6. Intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas, a presença do *amicus curiae* no feito não diz tanto respeito às causas ou aos interesses eventuais de partes em jogo em determinada lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito particularmente, à ordem constitucional. [...] (EDcl no AgRg no MS 12459/DF. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS. 1ª Seção/STJ. Julg. 27/02/2008. Pub. DJe 24/03/2008).

> Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.
> Enfim, a admissão de *amicus curiae* confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito[50].

Portanto, a relação entre a teoria de Häberle e a abertura constitucional à interpretação por todos é muito próxima. O *amicus curiae* está inserido nesse contexto. Quanto mais se der essa feição plural ao debate constitucional, certamente maiores amplitudes serão dadas aos direitos fundamentais. Esse é um modelo que tem sido chamado de *Estado Constitucional Cooperativo*[51] que tem como fundamento a democracia pluralista, os direitos fundamentais, a divisão das funções estatais de poder. O debate constitucional é participação popular ao lado daquelas tidas como clássicas (voto, plebiscito, referendo e iniciativa popular).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a importância do debate em torno do *amicus curiae*. Suas origens demonstram, desde o início, que essa figura jurídica está destinada a colaborar no julgamento fornecendo esclarecimentos, documentos, informações técnicas etc., sempre no intuito de "aprimorar" o julgamento. O texto ocupou-se, basicamente, em

---

[50] MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/ index.php/observatorio/article/view/553/365>. Acesso em 04 fev.2012.

[51] "O Estado Constitucional Cooperativo é o modelo teórico proposto por Peter Häberle para desenvolver seu pensamento em torno da proposta de uma teoria da Constituição como ciência da cultura. Como modelo teórico, o Estado Constitucional – que tem como fundamento a lógica da cooperação – busca aperfeiçoar os Estados de Direito existentes com elementos que possibilitem uma aproximação entre os povos por meio do elemento cultural. [...] O Estado Constitucional Cooperativo é uma forma de Estado Constitucional ocidental, que se apóia na garantia de uma democracia pluralista, nos direitos fundamentais, nos elementos da divisão de funções estatais de poder e em um Judiciário independente, os quais devem ser ampliados no âmbito da sociedade. Encontra sua identidade também no Direito Internacional – no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais –, na percepção da cooperação, da responsabilidade internacional e da solidariedade. Ele integra o Estado como tipo e como ideal relativo no Direito Internacional Comunitário, correspondendo, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz. O Estado Constitucional Cooperativo vive da cooperação com os outros Estados, comunidades e organizações internacionais. Toma para si as estruturas constitucionais do direito internacional comunitário sem perder os seus próprios contornos. Confere prosseguimento à "constituição" do Direito Internacional Comunitário sem supervalorizar as possibilidades deste. Trabalha no desenvolvimento de um 'Direito Internacional Cooperativo', a caminho de um 'Direito Comum de Cooperação'" (PETER DA SILVA, Christine Oliveira; GONTIJO, André Pires. *Pressupostos epistemológicos e metodológicos da obra de Peter Häberle: um olhar desde o Brasil*.
Disponível em:<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/558/370>. Acesso em 04 fev.2012).

dois aspectos: dar uma visão panorâmica sobre o instituto e estabelecer uma relação com conteúdo democrático em torno do atual debate constitucional.

Alguns pontos centrais podem ser sintetizados:

1. Os efeitos do neoconstitucionalismo, e também do neoprocessualismo, refletem em um novo modelo de compreensão da Constituição onde há destaque para os direitos fundamentais, e onde os princípios detêm uma grande importância para solução dos casos submetidos a julgamento. Agora, o cerne de toda essa discussão está na Constituição que, entre outras coisas, constitucionalizou diversas questões processuais antes referenciadas apenas nos códigos.

2. Apesar de referências às origens do *amicus curiae* no direito romano, parece, contudo, que a configuração que temos hoje sobre essa figura jurídica se remonta ao direito inglês e, em particular, mais recentemente e com destaque, ao direito norte-americano, com o seu desenvolvimento no início do século XIX quando aceito pela Suprema Corte, que o regulamento em 1938 e atualmente está disciplinado na "Rule 37" do Regimento Interno da Suprema Corte dos EUA.

3. No Brasil, suas origens estão na Lei n. 6.385/76, quando alterada pela Lei n. 6.616, de 16 de dezembro de 1978, que deu nova redação ao referido art. 31, ao estabelecer a participação da Comissão de Valores Mobiliários. Depois disso, sua participação está presente em diversos documentos legislativos; porém, a grande ênfase repousa no processo de controle de constitucionalidade. Daí a importância da Lei n. 9.868/99 e a interpretação extensiva que lhe foi dada pelo STF quanto ao *amicus curiae*. Finalmente, o novo CPC (art. 138) faz menção expressa ao *amicus curiae*.

4. A natureza jurídica do *amicus curiae* é uma verdadeira *vexata quaestio*. Embora muitos o considerem como terceiro interessado, assistente simples ou litisconsorcial, parte imparcial, *custos legis* etc., e também haja os que criam uma categoria própria como figura anômala, *sui generis* ou atípica - o que, ao final, não diz nada -; o "amigo da Corte" é verdadeiro auxiliar do juízo que, diferentemente dos demais auxiliares, não está sujeito a impedimentos e suspeições, não recebe honorários etc., age no intuito de "colaborar" com o juízo para o "aperfeiçoamento" da prestação jurisdicional, o que não lhe retira a possibilidade de ter um interesse no resultado daquele julgamento (isso normalmente ocorre), que pode até ser coincidente com o interesse de uma das partes, mas não é um interesse de natureza processual próprio de outros atores.

5. Percebe-se na jurisprudência do STF uma evolução no tratamento dispensado ao *amicus curiae*. Pontos como a possibilidade de sustentação oral e a admissão de pessoa física como "amigo da Corte" demonstram isso. É que enquanto no direito norte-americano há um processo de controle para restringir a participação do *amicus curiae* àquilo estritamente necessário, o direito brasileiro vive o inverso dada a recenticidade (aqui) do instituto.

6. A tese de Peter Häberle de que o Texto Constitucional não é propriedade para fins de interpretação de uns poucos técnicos, mas de todos os cidadãos, dada a

atual *sociedade aberta* em que se vive, é a assertiva final. A participação democrática, a ingerência popular, no processo de interpretação da Constituição é atualmente essencial para a própria realização dos direitos fundamentais. É por meio dessa participação que se tem uma "pluralidade" no debate constitucional e é também através dele que a prestação jurisdicional ganha ares de maior "legitimidade".

ABSTRACT: The text begins with a brief comment on what has been called neoconstitutionalism and neoprocessualism only to provide context for the central theme: the *amicus curiae* and its relation to the modern conception of democracy. For such end, a brief history of the formation of modern states is presented in order to initiate the discussion of popular participation in democracy and the *amicus curiae* in the current democratic context. Considerations are drawn on the origins of amicus curiae in foreign law and national law until the advent of the new Brazilian Code of Civil Procedure. Two other issues are outlined, the legal status of *amicus curiae* and the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal (STF) on the participation of this figure in cases involving judicial review. Finally, the paper discusses the *amicus curiae* as popular participation instrument, referring to the thesis of Peter Häberle – *the open society of constitution interpreters.*

KEYWORDS: Democracy. *Amicus curiae*. Popular participation.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa. *O amicus curiae no controle de constitucionalidade*: instrumento de democratização e aprimoramento da prestação jurisdicional. Orientadora Rosalina Moitta Pinto da Costa. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará (UFPA). Belém, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae *no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMAZANO, JoaquínBrage. *Algunas ideas de Peter Häberle sobre la jurisdición constitucional.* Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/ index.php/observatorio/ article/view/557/369>. Acesso em 04 fev.2012.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.* Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, rev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http//:www.panoptica.org>. Acesso em 01 nov.2011.

CAMBIO, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus curiae *e processo coletivo: uma proposta democrática.* Revista de Processo, São Paulo: RT, v.36, n. 192, p 13-46, fev. 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros no CPC,* de lege ferenda. Revista de Processo, São Paulo: RT, v.33, n.159, p. 119-133, maio/ 2008.

COSTA, Fabrício Veiga. *A compreensão crítico-constitucional-democrática do* amicus curiae *a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas*. Revista Dialética de Direito Processual-RDDP, São Paulo: Mérito Representações, n.92, p. 9-22, nov. 2010.

CYRINO, André Rodrigues. *Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um* amicus curiae *regulatório.* Revista de Direito do Estado - RDE, Belo Horizonte: Renovar, v.2008, n.11, p. 229-256, Jul. / Set. 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª ed., Salvador: *Jus*Podivm, 2009.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* Vol II, 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: RT, v.18, n.71, p. 7-33, abr./jun. 2010.

GONTIJO, André Pires; SILVA, Christiane Oliveira Peter da. *O papel do* amicus curiae *no processo constitucional: a comparação com o decision-making como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: RT, v.16, n.64, p. 35-87, jul./set. 2008.

LIMA, Marina Hélida de. Democratização do processo constitucional brasileiro e participação do "amicus curiae". REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DO ESTADO DO TOCANTINS, Palmas, TO: Ministério Público do Estado do Tocantins, v.2, n.2, p. 59-79, 2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/553/365>. Acesso em 04 fev.2012.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIORELLI, Zilá T. Amicus curiae como forma de intervenção de terceiro no processo civil brasileiro. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

MOURA, Walter José Faiad; FERREIRA, Bruna Cavalcante Lamounier. A garantia de participação efetiva das entidades de defesa dos consumidores nos recursos repetitivos. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v.18, n.71, p. 195-219, jul./set. 2009.

PETER DA SILVA, Christine Oliveira; Gontijo, André Pires. Pressupostos epistemológicos e metodológicos da obra de Peter Häberle: um olhar desde o Brasil. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/558/370>. Acesso em 04 fev.2012.

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

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. Amicus curiae – instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

VALADÉS, Diego. Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/559/371>. Acesso em 04 fev.2012.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. Natureza jurídica da intervenção do amicus curiae no controle concentrado de constitucionalidade. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA: ENFOQUE INFORMACIONAL DIRECIONADO ÀS ESCOLAS E UNIDADES DE INFORMAÇÃO[1]

Maria da Conceição Pina de Carvalho[2]

RESUMO: Este trabalho concentrou-se no estudo da acessibilidade às questões referentes aos direitos Humanos e cidadania por meio da informação, partindo-se de pressupostos de estudiosos sobre o assunto, onde esses temas são abordados em um enfoque social, até a concretização da produção gráfica de um Guia Informativo, sendo que, neste último, em um enfoque técnico. Assim sendo, este trabalho apresenta-se de duas formas: o Relatório e o Guia Informativo[3]. No Relatório são descritos os diversos estudos de renomados escritores sobre a problemática abordada, com os comentários devidos, demonstrando a unanimidade da importância dada aos fatores que impedem o acesso a essa via do conhecimento por parte dos cidadãos, bem como as consequências negativas advindas da falta de estrutura e de condições favoráveis de reversão desse quadro. Como comprovação dessa realidade, também apresenta os resultados da aplicação de questionários em escolas públicas e centros comunitários, acompanhados de análise dos dados tabulados. Manifesta, ainda, a análise sobre o acesso e a gestão da informação como fator de desenvolvimento e promoção da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Informação. Cidadania. Direitos Humanos. Gestão da Informação.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ACESSO E GESTÃO DA INFORMAÇÃO COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO DA IGUALDADE. 3 TABULAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

[1] Adaptação (resumo) do trabalho apresentado no Curso 'Planejamento e Gestão do Desenvolvimento Regional' (UFPA) para obtenção do título de Especialista e que resultou no site www.direitoscidadania.com.br

[2] Graduada pela UFPA, exerce o cargo de Biblioteconomista no Ministério Público do Estado do Pará.

[3] O Guia Informativo, por ser muito extenso, tem acesso apenas pelo site www.direitoscidadania.com.br

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho refere-se às questões de Direitos Humanos e Cidadania, em um contexto da acessibilidade ao conhecimento através da informação. Tratando-se de um tema tão amplo, de enfoques múltiplos, tanto nos campos da sociologia e da política como nos aspectos econômicos e culturais, fez-se a opção de restringi-lo ao âmbito da informação. No escopo do tema, foi feita uma pesquisa específica, relacionada aos portadores de deficiência, idosos, consumidor, benefícios da previdência social, índios, negros, serviços e direitos direcionados à população, com o objetivo de disponibilizá-la para conhecimento da legislação vigente e dos serviços no âmbito federal, estadual, municipal e internacional (convenções e pactos).

A sociedade em que vivemos baseia-se em uma estrutura organizacional atuante em diversas áreas de serviços para atender as necessidades dos cidadãos. Assim, observa-se um sistema diversificado que se distribui nas áreas de saúde, educação, segurança pública e demais especificações, concentrando-se, no âmbito do governo, em ministérios, secretarias e unidades menores, nas esferas federal, estadual e municipal, para atender satisfatoriamente as comunidades no que tange aos serviços oferecidos e aos direitos dos cidadãos.

Embora esses serviços estejam disponibilizados à população, muitas vezes a grande maioria não tem conhecimento de seus direitos, dificultando o acesso a estes. Aqui desempenha papel fundamental o ensino público (as escolas), que tem que suprir, também, a formação educacional na área de direitos humanos e nas questões sobre cidadania. As escolas, por sua vez, carecem de instrumentos bibliográficos e/ou virtuais, tanto para professores como para alunos, situação que se estende a bibliotecas e centros comunitários, dificultando o acesso às questões referentes aos direitos dos cidadãos.

Para a constatação desse quadro, foram elaborados instrumentos de coleta de dados (questionários), que foram aplicados em sete escolas, considerando um percentual em relação aos bairros, sendo que em cada escola foram utilizados em uma única turma e a sua aplicação abrangeu um total de 175 alunos da 4ª e 5ª séries do ensino fundamental. Posteriormente, foram analisados com o intuito de oferecer subsídios que favoreçam soluções objetivas para a mudança dessa realidade.

Tendo como objeto de estudo a área de Direitos Humanos e Cidadania no âmbito da informação, este trabalho obteve, como resultado e como forma de acesso à população, o Relatório ora apresentado e, como consequência de um projeto de intervenção, também resultou na própria execução, ou seja, a efetiva elaboração de seu resultado, que consistiu na produção de um Guia Informativo nas versões impressa e digitalizada (CD), esta última para as unidades que possuam equipamentos de informática, o que não ocorre com muita frequência.

Foi elaborada uma página na *Web*, onde estão disponíveis os produtos deste trabalho, tendo como população-alvo, que se beneficiará da produção gráfica e dos

produtos digitalizados, alunos e professores de escolas públicas, usuários de bibliotecas e centros comunitários.

O fator predominante que levou à realização deste trabalho foi a constatação (já denunciada por muitos pesquisadores e estudiosos) da grande lacuna existente em relação aos elementos de viabilidade do conhecimento, tanto no ensino público como no que diz respeito à disponibilidade de material informativo gratuito, mais especificamente relacionado a material impresso, visto que, no âmbito virtual, a escassez se torna ainda maior por representar maiores gastos, mesmo que o estado esteja empenhado, atualmente, em democratizar a informação também no meio virtual.

A esfera virtual insere-se em uma tendência muito forte de comercialização da informação, talvez pelo envolvimento de maiores verbas, A prova disso é a existência e proliferação, cada vez maior, de centros de pesquisas e consultas que passam a cobrar pelos serviços oferecidos no uso de equipamentos de informática (Internet). É o caso dos "quiosques", "telecentros", "cibers" e outros do gênero, que têm sua importância inegável, pois há também a necessidade desse tipo de serviço, mas que atende apenas uma pequena parcela da sociedade por questões econômicas, destacando-se nessa realidade a tão falada "Sociedade da Informação", ainda às voltas com o problema da "exclusão digital".

A questão é: e os cidadãos que não podem pagar por esses serviços para conhecer seus direitos ou ter acesso a informações relevantes? O poder público tem a obrigação de preencher essa lacuna oferecendo meios, principalmente na área da educação e cultura, que possam suprir tal deficiência.

E por que o estado tem que se preocupar com isso? Como resposta, vale mencionar:

> [...] 'Sociedade da Informação' refere-se a um modo de desenvolvimento social e econômico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição, e disseminação da informação conducente à criação de conhecimentos e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na atividade econômica, na criação de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais. (LIVRO verde para a sociedade da informação em Portugal, s.d.).

Este trabalho concentrou-se na reunião, organização e produção de meios de acesso ao conhecimento sobre direitos humanos e cidadania para consulta, destinados às escolas, unidades de informação e centros comunitários. Os objetivos específicos relacionam-se à identificação dos serviços, benefícios e legislação referente ao assunto, bem como à forma de disponibilizar o resultado, no caso o Guia Informativo, após a identificação dos grupos específicos aos quais se destinam o referido trabalho - pessoas com necessidades especiais, idosos, crianças e adolescentes, índios, negros, mulheres e

pessoas em geral que, de alguma forma, precisam suprir necessidades relacionadas às questões de Cidadania e Direitos Humanos.

Da relação "informação x direitos humanos", apoiando-se também numa visão mais global, em um contexto histórico, criaram-se estratégias que tornaram possível uma contribuição para o desenvolvimento social, cultural e econômico.

A importância histórica e a situação atual das questões referentes aos Direitos Humanos e Cidadania situam-se na exposição dos meios de controle que garantem o cumprimento desses direitos, no caso os órgãos internacionais (convenções e pactos), a legislação brasileira sobre o assunto, leis federais, estaduais e municipais, como também os serviços e benefícios disponíveis. A situação atual referente ao tema apoia-se também na revisão da literatura, apresentada neste relatório, feita com base em diversos autores e abrangendo uma interdisciplinaridade, onde a abordagem é feita em contextos não somente da ciência da informação, mas também relacionada às ciências sociais e aos aspectos econômicos.

Reunir, organizar, distribuir e disseminar as informações que os cidadãos precisam para conhecimento dos seus direitos é o que se propôs e foi realizado através da edição de um guia impresso com o suporte de uma página na Web, para o caso de unidades que já possuam equipamentos de informática, tornando possível o acesso aos resultados obtidos às escolas, bibliotecas e centros comunitários.

2 ACESSO E GESTÃO DA INFORMAÇÃO COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO DA IGUALDADE

Toda atividade humana relaciona-se ao aspecto da "informação", e a forma de organização e acesso a esta tem sido alvo de estudos para se chegar a um denominador comum quanto à sua importância e abrangência. Tratando-se das questões relacionadas à sua gestão, tem-se, muitas vezes, a ideia errônea de que a Gestão da Informação se refere somente ao campo das TI (Tecnologias da Informação), quando, na verdade, estas constituem apenas um dos elementos que a compõem, embora se reconheça que as TI são de imprescindível importância, mas não somente elas, pois a Gestão da Informação, com as suas estratégias que buscam a eficácia na solução de problemas, engloba um universo mais amplo, os SI (Sistemas de Informação).

Esse universo contém elementos que, em vez de submeterem-se às TI, coexistem, equiparando-se em importância. Como exemplos podem ser citados a Pedra de Roseta[4], os pergaminhos e outros artefatos arqueológicos preservados pela comunidade científica, não bastando apenas uma mera foto ou registro de sua imagem

[4] "Monólito de basalto negro, no qual figura uma inscrição que foi a chave para a descoberta dos significados dos hieróglifos egípcios, [...] comparações da escrita grega com as de hieróglifos [...] decifrada por Jean François Champollion (1790-1832), arqueólogo francês". (HIERÓGLIFOS e a Pedra de Roseta, 2000).

e dados históricos em computador, porque esses artefatos são documentos que jamais poderão ser descartados, incinerados ou simplesmente substituídos por programas de *software*. Não importa a tecnologia somente pela tecnologia, pois, se fosse assim, os próprios exemplos citados aqui, a Pedra de Roseta e os pergaminhos também não teriam tanta importância, porque, afinal, também representam tecnologia de uma época, embora distante no tempo. Mas o que faz o diferencial é que se situam como significado cultural e histórico para o ser humano.

Destaca-se aqui a importância da presença do ser humano nas diversas atividades profissionais, no caso dos exemplos citados (arqueólogos e arquivólogos), que não podem ser subestimados pelas tecnologias por englobarem fatores de preservação, análises históricas, a própria Gestão da Informação produzida e toda uma gama de atividades próprias da mente humana.

Por isso, muitos estudiosos do assunto têm afirmado que, para o sucesso de um empreendimento, não basta adquirir e pôr em funcionamento, à disposição do ser humano, toda a potência das tecnologias da área da informática se não houver criatividade e competência, por parte do gestor ou do profissional, na realização de suas atividades afins.

BALLONI (2002), ao abordar essa temática, define os "Sistemas de Informação em SI = TI + Pessoas + Procedimentos que coletam, transformam e disseminam a informação para apoiar a tomada de decisão, coordenação, controle, análise e visualização na organização."

Temos então que a Gestão da Informação depende das TI, mas não somente destas, pois há também o fator humano nos processos de execução e análise, como explicitado ainda por BALLONI (2002, op. cit.), continuando no mesmo enfoque, quando afirma que: "Todos esses componentes interagem entre si e necessitam do componente fundamental que é o recurso humano e a gestão de seu conhecimento, sem o qual a tecnologia não teria funcionalidade" e ainda:

> A informação é atualmente de valor altamente significativo e pode representar grande poder para quem a possui, seja pessoa, seja instituição. A informação apresenta-se como recurso estratégico [...], pois está presente em todas as atividades que envolvem pessoas, processos, sistemas, recursos financeiros, tecnologias, etc. (BALLONI, 2002, p. 3).

O ponto onde se pretende chegar com esta abordagem é que, embora o Estado tenha demonstrado esforços no sentido de aprimorar e equipar as escolas públicas e bibliotecas com computadores para que a população tenha acesso à informação, não conseguiu, ainda, erradicar a "exclusão digital" e nem valorizar o componente humano e as práticas tradicionais que ainda funcionam, como, por exemplo, a promoção do livro. O problema é que tem abandonado também as soluções tradicionais e ainda

eficazes, como o livro, o impresso e informativo em geral. Não solucionou ainda o modo tradicional, e por que não dizer eterno, de aquisição de informação e conhecimentos através da leitura de material impresso, pois este não foi substituído pelo computador, como muito se havia falado no início do desenvolvimento da informática, pelo contrário, como demonstrado aqui, o livro e a biblioteca coexistem em importância com as tecnologias da informação e não podem ser substituídos por estas.

Reforçando a ideia dos meios tradicionais da divulgação da informação, transcreve-se aqui Lisboa:

> A Sociedade da Informação é bem mais ampla. Trata-se de um ambiente de atuação da pessoa. [...] não se resume a Sociedade da Informação ao ambiente virtual. Os reflexos do acesso facilitado à informação encontram-se em todos os meios de comunicação, e não apenas no meio virtual. Assim como no passado a revolução industrial não afastou a existência de outros sistemas de produção de bens e sua distribuição, mantendo-se a agricultura, a pecuária, o extrativismo e o comércio, a revolução informacional não obsta a transmissão de informação por outros meios, como a escrita. (LISBOA, 2006, p. 89).

O ponto central relacionado à abordagem deste trabalho é demonstrar a necessidade da divulgação da informação por todos os meios disponíveis, tendo sido elaborado, com tal finalidade, um guia informativo impresso que possa suprir a carência de conhecimento sobre Direitos Humanos e Cidadania, voltado principalmente às camadas da população mais necessitadas, que têm como característica alguma forma de carência, seja por dificuldades e empecilhos ou por discriminação.

A marcante "exclusão digital", não permitindo o acesso de grande número de pessoas às tecnologias de informática existentes, gera dificuldades em uma época em que "parece" que nada mais pode funcionar sem as TI.

É verdade que o ideal constitui a fruição, por parte do ser humano, de todo avanço nas áreas da saúde, informática, etc. Mas a lacuna existente nesses setores da era digital é uma realidade. Sendo assim, os gestores de diversas atividades, como escolas, unidades de informação e centros comunitários, devem lançar mão, também, dos meios tradicionais, como o livro ou outro material impresso, para suprir essa carência.

Nesse contexto, pensou-se, então, na elaboração do Guia Informativo para reunir elementos de busca necessários ao conhecimento por parte dos cidadãos, pois a informação, apesar de tão divulgada, encontra-se ainda de forma dispersa, fragmentada através de "dados" sem o relacionamento com o todo. Os dados somente terão importância na medida em que forem comparados e analisados para que lhes seja atribuído um significado, como é demonstrado por SOUZA (2005): "dados [...]

são elementos brutos, sem significado, desvinculado da realidade. São símbolos e imagens que não reduzem nossas incertezas."

Completando essa linha de pensamento, o valor da informação constitui a significação real de soluções, explicitada por DRUCKER *apud* DAVENPORT (1998) quando afirma ser a "Informação – Dados com significado, relevância e propósito."

Outro aspecto importante em relação à informação é a necessidade de reuni-la e organizá-la para que lhe seja atribuído real valor de utilidade. WEICK *apud* NONAKA e TAKEUCHI (1997) afirma que "a informação dispersa não constitui inteligência. A partir da estruturação da informação é que a inteligência passa a existir." Ainda nessa linha, sobre organizar o que está disperso, ou seja, gerir a informação para que se torne acessível, é o tratamento da informação mencionado por LOJKINE (1995) quando afirma que o ser humano, no seu trabalho, mais do que a manipulação da tecnologia, se concentrará no tratamento da informação, o que para LÉVY (1993) esse tratamento ou organização é explicitado claramente como Gestão da Informação, afirmando ser indispensável ao desenvolvimento dos diversos setores sociais a relação existente entre o conhecimento que advém do desenvolvimento da tecnologia e a gestão estratégica da informação. Em relação a essa abordagem, vale ressaltar:

> A capacidade de gerar, tratar e transmitir informação é a primeira etapa de uma cadeia de produção que se completa com sua aplicação no processo de agregação de valor a produtos e serviços. Neste contexto, impõe-se, para empresas e trabalhadores, o desafio de adquirir a competência necessária para transformar informação em um recurso econômico estratégico, ou seja, o conhecimento. (TAKARASHI, 2000, p. 17).

Expressão ainda do mesmo autor, referindo-se a esse recurso que se transforma em conhecimento, relaciona-o com a educação afirmando:

> [...] não basta dispor de uma infraestrutura moderna de comunicação; é preciso competência para transformar informação em conhecimento. É a educação elemento-chave para a construção de uma sociedade da informação e condição essencial para que pessoas e organizações estejam aptas a lidar com o novo, a criar, e assim, a garantir seu espaço de liberdade e autonomia (TAKARASHI, op. cit. p. 7).

Muitas são as manifestações feitas quanto à importância da organização da informação como elemento gestor de desenvolvimento e riqueza, destacando-se as considerações de BARBOSA (1986): "Recurso gerador de riqueza, pois descobriu-se

que a ciência – assim como qualquer modalidade de conhecimento – nada mais é do que um certo modo de organizar, estocar e distribuir certas informações."

O acesso à informação torna-se imprescindível como condição de viabilidade ao conhecimento dos direitos dos cidadãos. Segundo SEN (2000 apud BATISTA, 2005, p. 1), "uma maneira de garantir um estado democrático, com a participação de cidadãos ativos, é a liberdade de escolha, acompanhada de capacidades e oportunidades. A falta de oportunidades de acesso à informação prejudica esse processo."

E ainda, seguindo a mesma linha de importância em relação à necessidade de acesso à informação, a autora segue citando problemas e alternativas sugeridas pela Unesco:

> A Unesco relata um histórico progressivo sobre o acesso do indivíduo à informação, que estaria diretamente vinculado a sua busca pela cidadania, e à evolução tecnológica ocorrida ao longo dos anos: desde o século I (Era Cristã) – substituição do pergaminho e do papiro pelo papel – até o século XX (Mundo) – expansão dos meios de comunicação de massa. Apesar dessa evolução, a maior parte da população não usufrui as vantagens da evolução tecnológica. Para que esse problema tenha um tratamento diferenciado, a Unesco sugere uma 'nova ordem' em matéria de comunicação e distribuição da informação. (UNESCO, 1983 apud BATISTA, 2005, p. 1).

Batista (op. cit., p. 1) conclui: "A comunicação e a educação constituiriam um elemento essencial para as relações internacionais. Nesse contexto, o conceito de cidadania e o papel do cidadão na busca de oportunidades e de acesso à informação são essenciais."

Esses embasamentos são um modo de justificação da necessidade da produção de informação organizada, objeto deste trabalho, que teve como finalidade a reunião, organização e disseminação dos direitos dos cidadãos como um mecanismo de liberdade, no sentido de que, quanto maiores as chances de se obter conhecimento, menores as chances do surgimento de processos de dominação cultural em uma sociedade.

Em relação a essa questão, é importante mencionar Moragas Spá: "As novas tecnologias da comunicação [...] estão reforçando a divisão entre a informação e a cultura voltada para o entretenimento das grandes massas." (MORAGAS SPÁ, 1985, p. 58)

Abordagem análoga ao aspecto negativo desse 'entretenimento' é feita por Dalmonte em seu estudo sobre Martín-Barbero (antropólogo e filósofo da comunicação), onde comenta:

> A forma de estar junto também se modificou. Hoje não se quer os cidadãos reunidos mas sim conectados, porque

> a aglomeração traz consigo o perigo da contestação. A comunidade, ao contrário de outras épocas, não é mais convocada pela política, mas pelo futebol, pela Fórmula 1 e pela telenovela. (DALMONTE, 2000, p. 2).

Percebe-se aqui, tanto em Moragas Spá como em Martín-Barbero, uma analogia à política do "pão e circo", quanto mais reunião para a diversão, melhor, e quanto maior a dispersão, no que se refere a adquirir conhecimento, também melhor no sentido de que essas massas são mais facilmente dominadas. Quanto a esse aspecto, é importante acrescentar:

> Entre emissores – dominantes e receptores – dominados, nenhuma sedução, nem resistência, só a passividade do consumo e a alienação decifrada na imanência de uma mensagem texto nunca atravessada por conflitos e contradições, muito menos lutas. (MARTÍN-BARBERO, 1997, p. 291).

Com embasamento nessas análises, constata-se que direitos, cidadania e informação estão intimamente ligados como pressupostos de desenvolvimento social e, consequentemente, econômico. Seguindo essas reflexões, manifesta-se também Ramalho quando afirma:

> Uma das maiores ditaduras que se opera sobre uma população é, justamente, a ditadura da desinformação. Na medida em que se mantém uma população desinformada, é perfeitamente fácil dominá-la, desviá-la e criar distorções em suas demandas de modo que ela começa a buscar o favorecimento, o apadrinhamento e a manipulação". (RAMALHO, 1988, P. 98 apud ARAÚJO, [2006]).

O que se apreende desses pensadores e estudiosos é que não há efetivamente igualdade quando o processo de divulgação da informação é falho e desumano, visto que traz consigo a consequência do conhecimento, não seria difícil mudar esse panorama negativo, não fosse a intencionalidade dessa prática, pois não existe liberdade na ignorância nem fraternidade quando os direitos das pessoas estão ocultos, guardados como tesouro a sete chaves.

3 TABULAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS

Para o estudo sobre a realidade das escolas públicas em relação à disponibilização do conhecimento sobre assuntos relacionados aos direitos humanos e cidadania e em relação à infraestrutura que viabilize tal objetivo foram aplicados questionários nas escolas públicas, direcionados tanto para alunos como para os diretores dessas

escolas e também a centros comunitários. Após a aplicação dos questionários foi feita a análise dos gráficos resultantes.

O quantitativo selecionado foi de escolas públicas em 7 (sete) bairros da cidade de Belém, contando com um universo de 175 alunos.

A análise foi feita com base em duas categorias. Os questionários que foram aplicados aos alunos correspondem à Categoria 1, embasada no nível de conhecimento destes em relação às questões apresentadas em cada gráfico (correspondente a cada pergunta), sendo que o objetivo específico foi o de identificar não apenas o conhecimento, mas a própria consciência de cidadania, repassada pela escola, a consciência de seus direitos e os das outras pessoas.

A Categoria 2 corresponde ao nível de infraestrutura existente e disponível aos alunos na escola (acervo, com publicações atualizadas (Biblioteca), e acesso a computador e Internet).

O principal objetivo da aplicação destes questionários nas escolas públicas é obter resultados através do cumprimento de uma das metas intencionadas no Projeto que resultou neste trabalho, que é identificar a deficiência na divulgação de questões referentes aos Direitos Humanos e Cidadania.

Na discussão dos resultados foram considerados como parâmetros o desempenho positivo e o desempenho negativo. No desempenho positivo foi considerado o parâmetro de percentual em que as respostas de acordo com a realidade dos princípios aceitáveis em relação aos Direitos Humanos e às questões de Cidadania atingissem pelo menos 75 % (acerto). O desempenho negativo considerou o oposto, ou seja, as respostas que se afastassem da realidade dos princípios aceitáveis em relação ao mesmo tema não poderiam ultrapassar 25 % (erro). Este parâmetro não foi adotado para avaliar o aluno ou sua inteligência, mas unicamente a atuação do Estado, refletida nas respostas das questões.

Foi também aplicado um Questionário em Centros Comunitários, para onde recorrem um grande número de pessoas em busca de informações e/ou atividades de lazer. Foram escolhidos 7 (sete) centros comunitários de expressiva atuação na cidade de Belém. O objetivo a ser atingido é obter dados que indiquem o nível de infraestrutura disponível nestes centros, especificamente relacionado à existência de acervo, no caso, publicações atualizadas e que se caracterize como Biblioteca.

Quanto ao nível de infraestrutura existente e disponível nas escolas para os alunos (Acesso a Biblioteca na Escola, acesso a publicações atualizadas e acesso a computador, no caso Internet), os resultados denotam um desempenho positivo na área de infraestrutura, porém parecem conflitar com a observação da realidade do local e também com a concepção que os próprios alunos têm sobre o que vem a ser uma biblioteca. De acordo com os padrões adotados na área da Biblioteconomia, é considerado como sendo uma Biblioteca, espaços reservados ao estudo, leitura e atividades afins que contenham pelo menos 300 exemplares (acervo), podendo ser

constituído de publicações impressas ou outros documentos não convencionais (CDs, Mapas e outros não impressos).

O que foi observado nestas escolas, onde foram aplicados estes Questionários, é que não corresponde à realidade alguns quesitos respondidos no questionário. A hipótese que se levantou é de que há um desconhecimento por parte dos alunos, e até mesmo entre professores e diretores de escolas sobre padrões estabelecidos em outras áreas do conhecimento, no caso da Biblioteconomia, talvez pelo fato de pouco contato com profissionais desta área, condição até imprescindível para a implantação e manutenção de bibliotecas em escolas públicas.

Portanto, de acordo com a concepção de alunos e diretores de escolas públicas, considera-se como "Biblioteca", um espaço com mesas e cadeiras, bastando conter algumas publicações, o que não corresponde à realidade, pois deveria ser composta por pelo menos 300 livros, e ainda assim, poderia ser exigido um número maior de exemplares, dependendo do total do número de alunos existentes em cada escola para se adequar a uma distribuição proporcional. Considerando ainda, como condição, a exigência de abranger um amplo universo de assuntos atualizados em suas edições. Com base, portanto, na observação do local, da realidade existente, constatou-se um desempenho negativo na infraestrutura em se tratando de existência de Bibliotecas nas escolas públicas.

Em relação às aulas ministradas aos alunos sobre "Cidadania" e "Direitos Humanos", obteve-se por parte dos diretores 100 % de resposta SIM, constatando-se um desempenho positivo em relação às respostas dos diretores das escolas. Estes dados parecem conflitar com as respostas dos alunos em relação à mesma pergunta quando houve a demonstração de um desempenho negativo, de acordo com os dados: Respostas dos alunos: 49,14 % - resposta SIM (Têm aulas sobre "Cidadania") e 49,71 % - resposta NÃO (Não têm aulas sobre "Cidadania"), considerando ainda, o resultado de 1,15 % em branco.

Foram consideradas duas hipóteses que podem ter provocado este conflito ou desencontro de respostas sobre uma mesma questão entre diretores e alunos. A primeira hipótese refere-se à possibilidade de a Direção da Escola ter afirmado ter aulas de "Cidadania", referindo-se unicamente à recomendação de cumprimento do currículo por parte dos professores, mas pelas respostas dos alunos indica-se o não cumprimento deste. A segunda hipótese é a de que mesmo que esteja sendo cumprida a exigência de se ministrar aulas sobre o assunto em questão, não está sendo realizado a contento, ou seja, as aulas podem estar sendo administradas, mas em relação à didática ou à dinâmica em oferecê-las, não está satisfazendo o objetivo de atingir pelo menos 75 % dos alunos. Portanto o conflito de respostas é um indicador da realidade no ensino em relação a estas questões, ou seja, as aulas não estão sendo repassadas aos alunos de forma satisfatória.

Quanto às aulas ministradas sobre 'Direitos Humanos', houve unanimidade na resposta SIM. Foi observado pelos resultados, o desempenho positivo, embora, também neste caso, cabe o mesmo comentário da situação anterior, pois sobre a mesma questão, quando o questionário foi aplicado aos alunos, 37,71 % responderam NÃO. Portanto, ajusta-se aqui a mesma conclusão de diagnóstico da situação anterior.

Concluída a análise dos dados nos gráficos, foi feita a tabulação como a seguir, divididos em Tabela 1 (Respostas dos alunos), Tabela 2 (Respostas dos diretores) e Tabela 3 (Respostas centros comunitários):

TABELA 1

Aplicação do questionário - Análise / Resultados* - Escolas Públicas

ALUNOS

Gráfico**	**Categoria 1: Nível de conhecimento**	**SIM %**	**NÃO %**	**Em branco %**	**Desempenho**
1	Aulas sobre 'Cidadania'	49,14	49,71	1,15	Negativo
2	Aulas sobre 'Direitos Humanos'	61,71	37,71	0,58	Negativo
3	Pessoas portadoras de deficiência podem participar de concurso público?	78,85	18,28	2,87	Positivo
4	É possível enviar uma carta pelos Correios e pagar um centavo (R$ 0,01)?	20,58	79,42	-	Negativo
Gráfico	**Categoria 2: Nível / Infraestrutura**	**SIM %**	**NÃO %**	**Em branco %**	**Desempenho**
12	Na sua escola tem biblioteca?	80	19,42	0,58	Positivo
13	Na sua escola o aluno usa computador?	10,29	89,71	-	Negativo

* Foram tabulados os resultados das questões que tinham como opção de resposta 'sim' e 'não'.

**Gráficos disponíveis no site resultante deste trabalho: www.direitoscidadania.com.br

TABELA 2

Aplicação do questionário - Análise / Resultados - Escolas Públicas

DIRETORES

Gráfico*	Categoria 1: Nível de conhecimento	SIM %	NÃO %	**Em branco %**	**Desempenho**
-	1ª a 4ª série / Aulas sobre 'Cidadania'?	100	0	-	Positivo
-	Aulas sobre 'Direitos Humanos'?	100	0	-	Positivo
14	5ª série em diante / aulas sobre 'Cidadania' e 'Direitos Humanos'?	85,72	14,28	-	Positivo
Gráfico	**Categoria 2: Nível / Infraestrutura**	**SIM %**	**NÃO** %	Em branco %	Desempenho

15	Essa escola tem biblioteca?	85,72	14,28	-	Positivo
16	Há no acervo guias informativos sobre serviços e benefícios?	57,15	42,85	-	Negativo
17	Há livros ou guias informativos sobre 'Cidadania'?	57,15	42,85	-	Negativo
18	Acesso a livros sobre 'Direitos humanos'?	57,15	42,85	-	Negativo
19	Informações sobre legislação referente à 'Cidadania' e 'Direitos Humanos'?	14,29	85,71	-	Negativo
-	Os alunos têm acesso a computadores	0	100	-	Negativo
-	Os alunos têm acesso à Internet?	0	100	-	Negativo

*Gráficos disponíveis no site resultante deste trabalho: www.direitoscidadania.com.br

TABELA 3

Aplicação do questionário - Análise / Resultados – Escolas Públicas

CENTROS COMUNITÁRIOS

Gráfico*	**Categoria**	**SIM %**	**NÃO %**	**Em branco %**	**Desempenho**
20	Existência de acervo (livros) sobre 'Cidadania'?	57,15	42,85	-	Negativo
21	Existência de informativos / legislação sobre 'benefícios' ou 'serviços'?	57,15	42,85	-	Negativo
22	Informativo de 'serviços' / áreas estadual e municipal?	57,15	42,85	-	Negativo

*Gráficos disponíveis no site resultante deste trabalho: www.direitoscidadania.com.br

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade moderna está baseada no conhecimento. É verdade que o conhecimento sempre esteve no topo de importância em todos os períodos históricos, mesmo desde os primórdios, quando o ser humano tentava aperfeiçoar as ferramentas para o trabalho, o que também requer conhecimento, da faca afiada feita de pedra até nossos dias, com o surgimento do *hardware* e *software*. Sabe-se, no entanto, que a aproximação do conhecimento, da informação e da tecnologia ao ser humano tem diferentes características nos diversos períodos históricos, como, por exemplo, a concepção sobre o problema da escravidão, que em tempos passados era visto como "normalidade", com *status* até de legalidade. Não existiam, nesses períodos, normas internacionais de direitos humanos nem órgãos internacionais a que se pudesse recorrer para denunciar as transgressões feitas aos direitos humanos. Assim, a informação e o conhecimento eram ainda mais fechados, tendo abertura apenas a um reduzidíssimo número de pessoas, sem que se desse chance às grandes massas.

A sociedade tem como um dos alicerces o conhecimento, não implica dizer que o desenvolvimento sociocultural e econômico já foi atingido no todo, mas que se vislumbra a possibilidade da posse deste como bem coletivo, já que a humanidade se desenvolveu pelo menos no reconhecimento universal de que o ser humano é livre e possui direitos igualitários. Se isso ainda é rompido em determinadas circunstâncias, como em guerras, em sociedades fechadas ou em determinados lugares e culturas, há pelo menos uma condenação explícita, manifestada por meio de normas internacionais emitidas por organismos como a Organização das Nações Unidas (ONU) e os órgãos que a ela se integram.

Na mesma linha encontra-se o fator 'conhecimento', sobre o qual, embora seja reconhecido internacionalmente como um direito, ou que pelo menos os seus avanços (remédios, tratamentos, técnicas de agricultura, saneamento, etc.) possam ser usufruídos por todos, não é bem o que tem ocorrido.

Esse conhecimento, fruto do acesso à informação, só poderá ser difundido como um direito de todos por intermédio de políticas públicas que se empenhem, realmente, em sua propagação, utilizando os meios próprios para esse fim, ou seja, as escolas públicas, as bibliotecas e as instituições que se inserem na questão da educação.

Questões de cunho internacional têm relação direta com o sucesso ou não das políticas públicas de um país, em virtude da dominação dos mais abastados sobre os demais, prejudicando os fatores econômicos e sociais por causa dessa mesma dominação. Cabe então a cada país, no presente caso o Brasil, criar mecanismos de independência, já que o que realmente falta não são bens, e sim boa administração e ética.

Em épocas passadas assim também como hoje, a desigualdade de classes manifesta-se nas características próprias de cada época, mudaram apenas as características, a faca de pedra afiada, a escrita, o feudo, os burgos e assim até as estruturas modernas da sociedade industrial, que também têm como base o conhecimento e o estágio acelerado dos *softwares* e *hardwares*, acarretando novas formas de desigualdade ou agravando a 'desigualdade do conhecimento', tendo como base a informação, disponível por meios que requerem altos gastos.

Por este trabalho é mostrada, em relação a essa abordagem, a existência da desigualdade no que diz respeito à educação, pois as escolas públicas não dispõem de infraestrutura adequada quanto aos meios que viabilizam a informação e o conhecimento, como a carência de material bibliográfico e de materiais não convencionais (CDs, DVDs, Computadores). O resultado é que, na disputa pelo mercado de trabalho, há uma desigualdade entre alunos que estudam em escolas públicas e alunos que estudam em escolas particulares.

Um governo que prime pela boa administração e ética deve priorizar as questões relevantes que impulsionem o desenvolvimento econômico e social, quais sejam, entre outras, a educação e a cultura, das quais, se bem planejadas e com investimento de um maior capital, surgirão, como consequência, todos os outros elementos de desenvolvimento.

Concentram-se aqui estes três fatores inseparáveis, a informação, o conhecimento e a educação, sendo que a base em que se alicerçou este trabalho foi especificamente concentrada na questão da informação como elemento de viabilidade de alcance do conhecimento e de meio útil à educação.

As formas que foram utilizadas na busca de dados de avaliação destes pontos-chaves (informação/conhecimento/educação) foram os meios aplicados, os questionários e visitas aos órgãos públicos, que proporcionaram uma visão realista do que ocorre nas escolas públicas, tendo como questão central deste trabalho a informação como um direito dos cidadãos e a problemática negativa em torno dela, quanto à sua disponibilidade ou não.

Esses resultados foram como uma justificativa da produção gráfica do Guia Informativo, sabendo-se que não era intuito do projeto a solução geral de todos os problemas relacionados à carência de informação e conhecimento, bem como às questões gerais pertinentes à educação, pois seria impossível, e até mesmo configuraria uma presunção, achar que um simples Guia Informativo resolveria os problemas, posto que sua realização é apenas uma forma de contribuição.

Os instrumentos de coletas de dados (questionários) revelaram uma situação preocupante nas condições de infraestrutura educacional e na realidade do repasse das informações introduzidas no ensino e que poderiam gerar conhecimentos na área de Direitos Humanos e Cidadania, contribuindo para a solução em relação à situação de desigualdade e exclusão social.

Evidenciam-se também, nos resultados da pesquisa, uma falta de conhecimento, por parte dos próprios educadores, sobre a concepção do que vem a ser "biblioteca", "acervo", chegando-se, em alguns casos, a afirmar que "cinco exemplares" ou "apenas livros didáticos" bastam para compor um acervo. Não há propriamente uma culpa nisso, visto que o poder público deveria suprir as escolas de pessoal técnico dessa área do conhecimento que pudesse manter acervos e biblioteca atualizados e organizados.

Em relação aos alunos, através dos questionários aplicados percebe-se uma baixa consciência de cidadania, como que já acostumados com a falta do elementar em saúde (atendimentos às pessoas) e em assuntos relacionados à questão da terra (reforma agrária), indicando um distanciamento da realidade do País. Os resultados refletem também o quão pouco se está investindo na educação, o que se coaduna com algumas pesquisas realizadas e divulgadas publicamente.

Conclui-se, portanto, que o conhecimento, como consequência da informação, só poderá ser adquirido ou propagado mediante o empenho de políticas públicas claras que permitam o emprego dos meios necessários para tal fim, ou seja, as escolas públicas, centros comunitários e unidades de informação (bibliotecas), principalmente as escolas, na educação básica, que devem ser supridas de infraestrutura, especificamente na composição de acervo diversificado, abrangendo assuntos variados e atualizados, sem descuidar, é claro, de equipamentos de informática para acesso à Internet.

Um governo que prime pela boa administração e ética deve priorizar as questões relevantes que impulsionam o desenvolvimento econômico e social, quais sejam, a educação e a cultura, pois delas advêm todos os outros elementos de desenvolvimento, ou seja, as técnicas, a ciência, a saúde, assim como as outras áreas componentes do desenvolvimento de uma nação. Isso exige um maior comprometimento das verbas. Sobre a questão, referente ao Brasil, a BBC Brasil, filiada à BBC do Reino Unido (British Broadcasting Corporation) divulgou dados em artigo publicado:

> O país aparece em penúltimo no ranking de investimento por alunos [...] que compara resultados dos 34 países da organização, que reúne países ricos, e outros dez países em desenvolvimento. [...] A educação de um brasileiro é feita com um terço do valor gasto com um estudante dos países ricos, em média, diz a OCDE. [...] O gasto público total em educação representou 6,1% do PIB, quando a média da OCDE é de 5,6%. Porém, quando divide-se o gasto pelo total de alunos, o país fica em penúltimo lugar. Gastou US$ 2.985 por estudante, enquanto a média da OCDE é de US$ 8.952". (BANDEIRA, 2014)

Também relacionado ao assunto, especificamente sobre o PIB, a Revista Veja publicou recente pesquisa::

> Sei que muita gente ficará chocada, mas o que fazer com a verdade senão explicitá-la? Em relação ao PIB, o Brasil está entre os países que mais investem em educação: mais do que o Reino Unido (5,6% do PIB), a Suíça (5,5%), os EUA (5,5%) e o Japão (3,8%). Não obstante, apresentamos um dos piores desempenhos. Vamos ver: a Holanda investe percentualmente pouco mais do que nós: 5,9% do seu PIB. Está em 10º lugar no Pisa, o exame internacional que mede a proficiência dos estudantes. Investindo 5,7%, o nosso país está em 53º lugar" (AZEVEDO, 2014)

Essa distorção afeta o desempenho nas escolas públicas, prejudicando o desenvolvimento dos alunos nas diversas áreas do conhecimento, especificamente no assunto tratado neste trabalho, a problemática do acesso à informação em relação às questões de cidadania, que se refletem precárias.

As propostas de reversão desse quadro perpassam pela exigência de maior comprometimento e ética por parte dos governos; maior eficiência na aplicação de verbas, pois embora, como demonstrado acima, o PIB investido na educação no Brasil represente um percentual aceitável, não há eficiência e melhora dos resultados, falta competência para reverter esse quadro caótico em relação à educação; exigir-se dos meios de comunicação um maior comprometimento com a "informação", no que tange à educação e à cultura; incentivar a produção gráfica de guias informativos e cartilhas sobre diversas áreas do

conhecimento, como meio ambiente, história do estado e do município, folclore, arte, etc.; priorizar o investimento em infraestrutura nas escolas públicas, em particular na formação de acervos de livros (bibliotecas), assunto este eternamente mal resolvido neste país, onde livro é luxo.

Como propostas que viabilize mudança desta realidade, faz-se aqui um resumo das que foram apresentadas ao longo deste tópico:

- Atuação eficaz do Estado na educação com comprometimento de melhor aplicação das verbas;
- Adoção de políticas públicas que priorizem as questões relacionadas à educação;
- Melhoria da infraestrutura nas escolas;
- Prioridade à questão do 'acervo" (livros);
- Prioridade à educação e cultura (Competência na aplicação das verbas, PIB nessas áreas melhor aplicado);
- Comprometimento dos meios de comunicação em relação à educação e cultura;
- Incentivo à produção gráfica, através de concursos, em diversas áreas do conhecimento;
- Atuação do Estado em programas que despertem a consciência de cidadania.

Longe da pretensão de tentar cobrir todas as lacunas existentes, este trabalho constitui uma contribuição que somada às iniciativas de outras pessoas pode suscitar a construção de uma sociedade igualitária.

ABSTRACT: This work were concentrated on the study of the accessibility to the subjects regarding the Human Rights and Citizenship through the information and it is based on the presuppositions of specialists on the subject, where these themes are approached in a social focus, until the materialization of the graphic production of an Informative Guide, and in this last one in a technical focus. This research was divided in two parts, the elaboration of the Report and the Informative Guide (a graphic production). In the Report were referred the several studies of renowned writers about the problem approached, with the owed comments, demonstrating the great importance given to the factors that impede the access to the means of the knowledge, on the part of the citizens, the same way that the negative consequences of the lacks of structure and the favorable reversion conditions of this problem. The results of the application of questionnaires in public schools and community centers, accompanied of the representative graphs and the owed discussion and analysis of these are the proof of this reality. The analysis on the access and the administration of the information as development factor and promotion of the equality are also demonstrated. The Informative Guide is a Supplement, a graphic production, characterized with the objective of materialize the access to the people's rights, where the elements of search of the citizens' interest as services, benefits, legislation international, federal, state and

municipal, regarding the subjects of Human Rights and Citizenship were gathered and organized. It could be available to the consultation and research in the public schools, units of information (Libraries) and community centers.

KEY-WORDS: Information. Citizenship. Human rights. Administration of the Information. Informative Guide. Benefits. Services. Legislation.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eliany Alvarenga. *Informação, cidadania e sociedade no Brasil*. Pernambuco, s.d. Disponível em: <http://www.informacaoesociedade.ufpb.br/ Pdf/IS219205.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6027:* informação e documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6029:* informação e documentação: livros e folhetos: apresentação. Rio de Janeiro, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6034:* informação e documentação: índice: apresentação. Rio de Janeiro, 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520:* informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 14724:* informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 15287:* informação e documentação: projeto de pesquisa: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

AZEVEDO, Reinaldo. *Investimento de 10% do PIB em educação não passa de uma caríssima demagogia barata*. Disponível em:
<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/investimento-de-10-do-pib-em-educacao-nao-passa-de-uma-carissima-demagogia-barata-sem-uma-profunda-reforma-

do-sistema-havera-so-aumento-da-ineficiencia-brasil-ja-gasta-uma-fabula-na-area/> Acesso em: 15 abr. 2015.

BALLONI, A. J. *Por que gestão em Sistemas e Tecnologias de informação?-II*. Disponível em: http://www.revista.unicamp.br/infotec/artigos/balloni.html. Acesso em: 18 mar. 2006.

BANDEIRA, Luiza. *Brasil dá mais do PIB para educação que países ricos, mas gasto por aluno é pequeno*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/09/140908_relatorio_educacao_lab> Acesso em: 15 abr. 2015.

BARBOSA, W. do V. *Tempos pós-modernos*. In: LYOTARD, J. F. O pós-moderno. São Paulo: J. Olympio, 1986.

BATISTA, Roseli Araújo. *O acesso à informação como requisito para o exercício da cidadania*. [2002]. Disponível em: <http://www2.metodista.br/ unesco/agora/mapa_animadoresPesquisadores_Roseli.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2006.

DALMONTE, Edson Fernando. Mediações comunicativas da cultura segundo Martín-Barbero. *PCLA* (Pensamento Comunicacional Latino-Americano) – Revista Científica Digital, v. 1, n. 4, jul./set. 2000.

DAVENPORT, T. H. *Ecologia da informação:* por que só a tecnologia não basta para o sucesso na era da informação. São Paulo: Futura, 1998.

HIERÓGLIFOS e a Pedra da Roseta. [s.l.], 2000. Disponível em: http://www.tati.hundrel.vilabol.uol.com.br/hierogl.htm. Acesso em: 15 abr. 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Normas de apresentação tabular*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1993.

LÉVY, P. *As tecnologias da inteligência:* o futuro do pensamento na era da informática. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. *Revista dos Tribunais,* v. 95, n. 847, p. 78-95, maio 2006.

LOJKINE, J. *A revolução informacional*. São Paulo: Cortez, 1995.

LIVRO verde para a sociedade da informação em Portugal. Disponível em: http://www.pos-conhecimento.pcm.gov.pt/documentos/pdf/LivroVerde.pdf. Acesso em: 05 abr. 2006.

MARTÍN-BARBERO, Jesús. *Dos meios às mediações:* comunicação, cultura e hegemonia. Rio de Janeiro: UERJ, 1997.

MORAGAS SPÁ, Miguel de. Transformación tecnológica y tipologia de los médios. In: *Sociologia de la comunicación de masas.* Barcelona: G. Gili, 1985. v. 4.

NONAKA, I.; TAKEUCHI, H. *Criação de conhecimento na empresa:* como as empresas japonesas geram a dinâmica da inovação. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues e Priscilla Martins Celeste. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. *Manual de investigação em Ciências Sociais.* 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1998.

RICHARDSON, Roberto Jarry et al. *Pesquisa social:* métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 1999.

SORJ, Bernardo. *brasil@povo.com:* a luta contra a desigualdade na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: J. Zahar; Brasília: Unesco, 2003.

SOUZA, Clarice Muhlethaler de. *Gestão do conhecimento:* uma estratégia para a tomada de decisão. Disponível em: <http://www.ndc.uff.br/documentos/ gestão%20do%20 conhecimento ppt>. Acesso em: 20 nov.2005.

TAKARASHI, T. (Org.). *Sociedade da informação no Brasil:* Livro verde. Brasília: Ministério de Ciência e Tecnologia, 2000.

VIEIRA, Jair Lot. *Direitos Humanos:* Normas e Convenções. São Paulo: Edipro, 2004.

ANÁLISE DO MODELO DE EXECUÇÃO PENAL VIGENTE E SUA URGENTE REVISÃO INDICADA PELA DOUTRINA

Marilze Ribeiro Bitar[1]
Alexandre Manuel Lopes Rodrigues[2]

RESUMO: Estudo bibliográfico que objetiva analisar os resultados obtidos na pesquisa documental e de campo, em relação ao trabalho e a educação, nos estabelecimentos penais do Estado do Pará, sob a ótica de doutrinadores que permeiam seus estudos quanto à efetiva execução da pena, as possibilidades de ressocialização e os efeitos das substâncias psicoativas para o aumento da criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Execução Penal. Estabelecimento Penal. Educação. Trabalho.

SUMÁRIO

1 REVISÃO DO MODELO VIGENTE PELA DOUTRINA. 2 MEDIDAS FAVORÁVEIS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO. 3 USO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS E O AUMENTO DA CRIMINALIDADE. REFERÊNCIAS. APÊNDICE.

[1] Formação em Psicólogo pela Universidade da Amazônia. Pós-Graduada *stricto sensu* em Gestão pela Qualidade e Produtividade pela União Educacional em Brasília. Pós-Graduada *latu sensu* em Gestão Governamental, pela Fundação Getúlio Vargas. Aluna concluinte do curso de Bacharel em Direito pela FACI/DEVRY. Assessora da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Pará.

[2] Doutor e Mestre em Direito Penal e Direitos Fundamentais, pela Universidade Federal do Pará. Professor da Universidade da Amazônia – Graduação, Pós-graduação e Mestrado. Professor da Faculdade FACI/DEVRY e da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

1 REVISÃO DO MODELO VIGENTE PELA DOUTRINA

O artigo em comento é fruto de pesquisa documental e de campo realizada para a elaboração do Trabalho de Conclusão do Curso de Bacharel em Direito (TCC), pela Faculdade FACI/DEVRY[3].

Ao refletir sobre o modelo penal vigente, salutar é analisá-lo à luz de doutrinadores que, dedicados ao tema, ilustram páginas e páginas a defender um modelo penal diferente do atualmente demonstrado.

A revisão é apresentada e defendida pelo eminente jurista brasileiro, com representatividade internacional, o Professor Edmundo Oliveira, Pós-Doutor (Ph.D.) em Direito Penal e Criminologia e consultor da Organização das Nações Unidas (ONU) para segurança.

Depreende-se em suas explanações no livro **Direito Penal do Futuro[4]**, que o modelo atual de aprisionamento pelo cerceamento da liberdade, não demonstra o êxito pretendido, caracterizando-se muito mais como um depósito de pessoas que em grande parte encontram-se ociosas, sem a ocupação com o aprimoramento educacional [5]e cultural e ainda o necessário labor do trabalho.

Idêntica situação foi encontrada nos presídios paraenses, com uma superpopulação carcerária, sendo demonstrado um excedente de 55,09% (cinquenta e cinco inteiros e nove centésimos por cento) do total das vagas ofertadas.

Foram identificados, além dos 12.235 (doze mil duzentos e trinta e cinco) internos sob a responsabilidade da SUSIPE, 420 (quatrocentos e vinte) internos custodiados pela Polícia Civil, todos nas Delegacias de Polícia do interior, situação contrária ao compromisso assumido pelo Conselho Nacional de Justiça, desde 2010, de perseguir uma meta zero de permanência de presos em delegacias[6].

Demonstrou-se ao longo da pesquisa que a ocupação de cada casa penal encontra-se acima de sua capacidade, sendo emblemática a população carcerária custodiada pela SUSIPE na cidade de Redenção-PA, onde se observa um excedente de mais de 3 (três) vezes a sua capacidade.

---

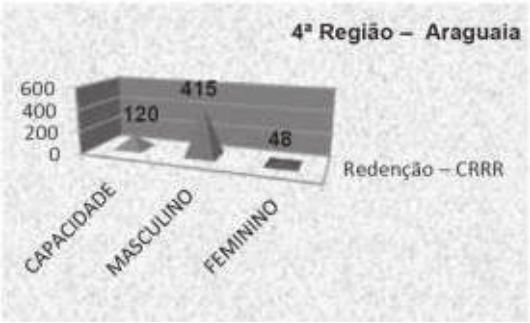
[3] A demonstração do panorama geral em que se encontra o Estado do Pará, em relação à capacidade e ocupação das casas penais, bem como a realidade individual sobre a existência de trabalho e educação nas unidades prisionais, é detalhadamente descrito no bojo do trabalho de conclusão de curso (TCC), defendido em junho de 2015, com o tema: O RESPEITO AOS DIREITOS DO APENADO, EM RELAÇÃO AO TRABALHO E A EDUCAÇÃO, NO ESTADO DO PARÁ: estudo de caso realizado no Presídio Estadual Metropolitano II (PEM II).

[4] OLIVEIRA, Edmundo. Direito penal do futuro. São Paulo: Lex Magister, 2012

[5] SUSIPE. **Quadro demonstrativo do Governo do Estado do Pará, Superintendência do Sistema Penitenciário** – fevereiro de 2015. [mensagem pessoal]. Arquivo recebido por <MSN_NewsletterBR@hotmail.com> em 02.02.2015.

[6] Disponível em: http://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/2059245/cnj-anuncia-meta-zero-de-presos-em-delegacias-no-rio. Acesso em 16.04.2015.

Gráfico 1 – Região Araguaia



Fonte: SUSIPE. Quadro demonstrativo do Governo do Estado do Pará, Superintendência do Sistema Penitenciário – fevereiro de 2015. [mensagem pessoal]. Arquivo recebido por <MSN_NewsletterBR@hotmail.com> em 02.02.2015.

A ociosidade no cárcere, apregoada por Oliveira, pode ser descrita pela identificação de que o percentual de presos que conseguem ingressar em atividades de trabalho e educação nos presídios paraenses é menos de 15% (quinze por cento) dos detentos. Precisamente 13,21% (treze inteiros e vinte e um centésimos por cento) da população carcerária ocupam-se do trabalho e 14,26% (quatorze inteiros e vinte e seis centésimos por cento) ocupam-se de atividades educacionais.

Dessa forma, ao se analisar a produtividade obtida pelo trabalho, grandemente estimulada pelo sistema capitalista brasileiro, percebe-se uma lacuna no sistema prisional, sendo poucos estabelecimentos que possuem razoáveis taxas de vagas e ocupações laborativas, o que privilegia a ociosidade. Quanto ao trabalho ora ofertado, se não considerar as especificidades do apenado, como idade, saúde e experiência, deixam de atender ao objetivo precípuo de preparar o recluso para a liberdade. Oliveira (2012, p. 159) preconiza que "O Estado não tem o direito de privar o preso de trabalho produtivo, especializado e remunerado. [...] é fator primordial ao reingresso do homem, em condições favoráveis, ao meio social do qual saiu".

Cumpre-se também consignar os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, e a pouca receptividade da sociedade sobre problema de tal natureza, que constantemente se ressente de qualquer investimento que seja feito na área prisional, defendendo que todo valor disponível deva ser utilizado para aumentar a força policial e dar condições mínimas para a vítima e seus familiares. Percebe-se que para a sociedade em geral o criminoso tem deveres, mas não têm direitos.

Não há, contudo, conforme se depreende dos atos normativos vigentes como a Constituição Federal, Código Penal e Processual Penal, Lei de Execução Penal e Tratados Internacionais, de se falar em extinção de direitos. Ao preso compete o cumprimento da pena, mas jamais o cerceamento a direitos fundamentais.

A intimidade do cárcere é constantemente retratada pelos noticiários, seja por meio de fiscalizações promovidas pelos órgãos responsáveis, seja pela ação dos presos por meio de motins e rebeliões. Vários filmes retratam as sevícias e corrupções a que

todos que cumprem penas estão sujeitos, para que não perca um dos últimos direitos que lhe resta, o de permanecer vivo. Mas a que preço?

Muitos fatores podem ser relatados ao se referir as falhas do sistema prisional conforme hoje se apresenta, como o sentimento de injustiça que acomete o condenado, sabendo que se tivesse mais conhecimento, ou conhecidos, ou dinheiro, teria outra forma de tratamento; o abandono material e afetivo dos familiares e amigos; o baixo estímulo e condições precárias para o trabalho e estudo, sem falar na negação imaginária da sexualidade do condenado, que se vê privado de externar instintos, sentimentos e reações que socialmente sempre foi estimulado.

Oliveira em sua analise sobre o tema, afirma:

> A perversão da intimidade chega ao ápice sem a garantia do exercício deste direito de todos os homens. A afetividade reprimida gera a necessidade de compensação, daí a masturbação, o homossexualismo e outras aberrações que, no âmbito da subcultura carcerária, provocam agressividade e aumento de impulso instintivo. Sem a prática moral do sexo, são impossíveis a reintegração do homem e o encontro consigo mesmo. Se o animal, à época do cio, parte para um finalismo cego, determinado, guiado por seus instintos, o preso, em condições idênticas, agirá tal qual um animal. Quando o impulso do instinto se manifestar, o preso será constrangido a satisfazê-lo, mesmo com violência física para vencer os obstáculos (OLIVEIRA, 2012, p. 160, 161).

É inegável ainda o valor que o trabalho e a educação possuem na vida de qualquer ser humano. As crianças iniciam seus estudos por volta dos 5 (cinco) anos de idade e terminam na fase adulta, por volta dos 22 (vinte e dois) anos de idade. São, em média, 17 (dezessete) anos estudando.

Quanto ao trabalho, cediço é apresentado ao adolescente de baixa renda ou ainda por pais que fazem questão de associar os prazeres aos frutos do próprio esforço, garantindo que a mesada para diversão seja obtida com atividades laborativas. Considerando, contudo, que o trabalho seja iniciado com 18 anos, tem-se, neste período, o início da qualificação para uma determinada área de atuação.

Mas o que é visto na prisão é a perda paulatina da aptidão para o trabalho, posto que as atividades exercidas são apenas as que repercutem na própria manutenção da casa penal, como limpeza, conservação e cozinha. A indolência quanto ao estudo também é comum nas casas penais, havendo poucas vagas para monitor na educação.

Defende, portanto, Oliveira, a evolução do modelo vigente cuja predominância é o encarceramento, para o monitoramento eletrônico, demonstrando em pesquisas realizadas em diversos países e no Brasil, quais os cuidados necessários para esta mudança de paradigmas, no sentido de não prejudicar mais ainda o apenado, na busca de sua reintegração.

Comparando o modelo de aprisionamento tradicional ao monitoramento eletrônico, nitidamente se percebe que este último não trás consigo as inúmeras mazelas já mencionadas e tão amplamente divulgadas pelos meios de comunicação, mas sim permite que o condenado continue convivendo em meio familiar, o que contribui para sua melhor adaptação à sociedade e que pode evitar reincidências.

Tulklens preconiza que o monitoramento eletrônico apresenta justificativas reais, concretas e importantes, como a vontade de fazer economia e a não imposição do constrangimento limitado ao caótico ambiente prisional (OLIVEIRA, 2012, p. 163-164 apud TULKLENS, 2002, p. 46-50).

Contribui ainda OLIVEIRA (2012, p. 83) sobre a origem e evolução do Monitoramento Eletrônico do infrator, referindo que o mesmo adveio do progresso tecnológico em televigilância, justificando-se pela necessidade do sistema de Justiça Penal desenvolver alternativas ao encarceramento e ao alto custo dos detentos aos cofres públicos.

Oliveira (2012, p. 88) cita quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico de infratores:

a) Pulseira eletrônica;
b) Tornozeleira eletrônica;
c) Cinto eletrônico e
d) Implante de *microchip*.

Quanto ao uso de microchips em seres humanos, não há um consenso entre a comunidade científica, gerando protestos em organizações religiosas e não governamentais (OLIVEIRA, 2012, p. 89). No Brasil, fala-se apenas na tornozeleira eletrônica, sendo a opção mais frequente nos Estados Unidos.

Os presos monitorados no Estado do Pará equivalem a 405 (quatrocentos) custodiados, homens e mulheres, e refere-se aos casos de prisão domiciliar, saída temporária, licença para tratamento de saúde, medida cautelar, sentenciado no fechado com prisão domiciliar e sentenciado no semiaberto com prisão domiciliar. A capacidade é de 1000 (hum mil) monitoramentos sob a responsabilidade do Núcleo Gestor de Monitoração Eletrônica.

É importante registrar que para sua aplicação há de se ter a concordância do condenado e o consentimento da família, além de um domicílio fixo e uma atividade real (OLIVEIRA, 2012, p. 102). Há de se considerar, contudo, acerca da modalidade, que muitos especialistas do Direito Penal na Europa consideram que o monitoramento eletrônico ultrapassa as fronteiras tradicionais da pena, ao considerar a esfera privada do cidadão, inclusive em menção ao artigo 8º da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem: "Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência" (OLIVEIRA, 2012, p. 119).

Sobre o Direito Penal Tecnológico e a Proteção da Privacidade, Oliveira (2012, p. 167-184), define privacidade como o direito de se cultivar a liberdade pessoal e poder usufruir da intimidade, entendendo não ser assunto confinado ao segredo propriamente dito, pois envolve o sentimento, a valorização do estado de espírito, a fuga que a pessoa precisa realizar para dentro de si no cultivo do jardim secreto da própria vida, consubstanciando, portanto, a necessária tutela da lei para evitar os abusos dos instrumentos de circuitos de espionagens, escutas, gravações, interceptação de correspondência e edição de imagens e fotografias.

No que tange as esferas da vida pessoal, Oliveira (2012, p. 168-169), refere-se a intima ou individual, que é um espaço interno de reflexão; a privada, onde os pensamentos e emoções já são compartilhados com alguns afetos como familiares e amigos próximos e a pública, caracterizada pela troca de opiniões e sentimentos com a sociedade que o cerca.

No que concerne ao monitoramente eletrônico, defendido por Oliveira na obra já referendada, o mesmo não pode ser considerado como uma mera intrusão nas esferas da vida pessoal a pouco citadas, tendo em vista que, nas palavras de Lavielle (OLIVEIRA, 2012, p. 183 apud LAVIELLE; LAMEYRE 2003, p. 371, 372) "o potencial intrusivo do procedimento encontra-se limitado pelo texto da lei, o que impede um controle absoluto sobre a personalidade do indivíduo". Observa ainda que o livre arbítrio do individuo monitorado continua sendo respeitado alem do respeito ao seu necessário alto controle, pois permite que mesmo sendo monitorado venha a empreender fuga, não sendo, portanto, "uma tecnologia que esvazie o lado humano".

A proteção e reserva da vida privada, encontram-se amplamente reguladas pelas normas internacionais ratificadas pelo Brasil, havendo um conjunto de princípios e recomendações de parcerias que contam com o respaldo da Organização das Nações Unidas com vista à prosperidade do crescimento sustentável da economia e da vida social dos povos (OLIVEIRA, 2012, p. 172), podendo ser citadas de acordo com Oliveira (2012, p. 199) as seguintes:

> Artigo 5º. Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem
> Artigo 12. Declaração universal dos Direitos do Homem
> Artigo 18. Convenção Europeia de Salva guarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
> Artigo 17. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
> Artigo 11. Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica

Oliveira (2012, p. 63) ainda dedica especial atenção às técnicas de avaliação da personalidade e do comportamento do criminoso, asseverando que modernas visões e análises da Sociologia, Psiquiatria, Psicologia, Antropologia e Biologia, já assentaram a convicção de que o homem não é inevitavelmente mal, porém, de acordo com a situação,

precisa se valer de freios para lutar contra o mal que habita dentro de si mesmo, sobretudo diante da redução da capacidade para ter consciência plena de seus atos criminosos ou antissociais.

E como uma das árduas tarefas para a ressocialização do infrator é identificar se este apresenta perfil para voltar a viver em sociedade e apto a conviver com outros trabalhadores, aceitando regras e cumprindo-as adequadamente, é necessário observar quais técnicas de avaliação existem atualmente, e de que forma cada uma pode ser utilizada em benefício do detento e da própria sociedade.

É admitido no sistema jurídico brasileiro, resguardando o atendimento normativo, o Exame Criminológico com a emissão de laudo com a avaliação do comportamento do condenado, sua personalidade, eventual arrependimento pela prática do delito, dentre outros fatores.

Quanto à técnica utilizada, não fez parte do rol de perguntas da pesquisa ora apresentada, contudo, pela análise doutrinária e jurisprudencial, pode-se citar como uma das técnicas utilizadas, se não a única, a observação da personalidade do detento.

O Exame Criminológico é alvo de críticas devido à fragilidade com que se apresenta, sem possuir os profissionais responsáveis, condições estruturais e temporais para um maior conhecimento da personalidade do apenado.

Esclarece, porém, Oliveira (2012, p. 64-82), que há diversas técnicas que podem minimizar esta lacuna, permitindo uma segurança maior no fornecimento das informações, sendo apresentadas quatro técnicas distintas, as quais, diante do descontentamento com o formato atualmente desenvolvido, são descritas em detalhes, como medida de aperfeiçoamento possível ao judiciário brasileiro:

1. Observação biopsicocriminogenética da personalidade – refere-se às características bio-psico-sociais observadas de forma multidimensional, devendo o juiz formar a imagem do acusado considerando suas relações familiares, profissionais e de amizade, não mais de forma isolada, mas a partir da interligação de todos os fatores;
2. Técnicas de avaliação da personalidade – dividem-se em três classes:

- Técnicas subjetivas – considera-se todas as formas de autodescrição, como a autoavaliação, autobiografia, diário ou cartas. Em todas elas há que se dar um desconto, devido ao autor ter a tendência de evitar temas conflituosos, sendo o diário o instrumento de maior aproveitamento, por conter situações cotidianas que favorecem o conhecimento das atitudes do acusado em diversas situações.
- Técnicas objetivas – referem-se a medidas fisiológicas, comportamento observado em laboratório e/ou situações cotidianas, bem como avaliações feitas por terceiros, além de outros experimentos científicos. Podem-se citar os testes psicológicos objetivos de inteligência, que são completados por

outros testes particulares e provas escolares e os testes de caráter, incluindo o exame de orientação profissional.

- Técnicas projetivas de avaliação da personalidade – Atenta para o comportamento expressivo, considerando que a maneira de proceder é muito mais importante para a avaliação da personalidade do que a própria ação, pois o que se faz pode ser controlado, mas como se faz é incontrolável. Há vários testes projetivos que são utilizados, como o teste de Rosenzweig, o de Rorschach, o de Szondi e o de Mira ou PMK. Além das técnicas mencionadas, utiliza-se a terapia individual, em grupo, o psicodrama e o sociodrama, além de sessões de reflexologia.

3. Processos de avaliação das respostas do acusado – podem-se citar os métodos mais conhecidos, principalmente pelos filmes ou reportagens em revistas e jornais, como o polígrafo, ou *lie detector*, que se destina a registrar as alterações fisiológicas que se seguem às reações emocionais de uma pessoa, ao mentir, mormente as da pele (OIIVEIRA, 2012, p. 75, apud ALDER, 2007, p. 11-25); o soro da verdade, a narcoanálise; o método de hipnose; a lavagem cerebral e outro processo bem semelhante, que é o *Third Degree*, que consiste no uso de força física e crueldade para garantir a confissão do acusado. Registra-se que cada método possui suas limitações, sendo alguns proibidos por lei, como o que preceitua o artigo 5º, inciso LVI, CF/88, referente à inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos, como a confissão obtida mediante tortura, presentes na lavagem cerebral e no *Third Degree*.

As técnicas anteriormente descritas, destinadas ao exame da personalidade na seara da Criminologia e do Direito Penal, possuem valor relativo e não devem ser consideradas isoladamente, pois segundo Oliveira (2012, p. 79-80), é necessário o máximo possível de testes para se formar um juízo exato e completo a respeito da personalidade do delinquente.

4. O interrogatório do acusado – pode ocorrer de forma presencial ou por teleconferência, e caracteriza-se pela oportunidade da autoridade julgadora observar o réu, inquiri-lo personalisticamente e a partir das respostas recebidas e das provas apresentadas, formar seu juízo de convencimento. Acrescenta-se ainda a importância para o réu, que, de forma direta, pode apresentar ao julgador sua versão dos fatos, constituindo, nas palavras de Tornaghi (OLIVEIRA, 2012, p. 80 apud TORNAGHI, 1978, p. 12) "um precioso elemento de composição da defesa técnica a ser produzida pelo advogado".

Quanto ao modelo vigente, Goffman, citado por (OLIVEIRA, 2012, p. 72 apud GOFFMAN, 1978, p. 98), ressalta que o indivíduo preso é, em geral, um ser estigmatizado, que mesmo com o término da pena "pagará o alto preço psicológico

de encobrir, sempre que possível, sua identificação pessoal, pois ainda são terríveis os preconceitos sociais contra os efeitos da condenação criminal".

Observa então, Oliveira (2012, p. 155), que a reação ao delito pelo Direito Penal é condição *sine qua non*, a qual deve ser satisfeita sempre em prol da sociedade, contudo, o emprego da sanção deve ser restringido, atentando para os "três pilares da moderna política criminal: as penas, as medidas de segurança e os mecanismos utilizados para limitar a aplicação da pena".

Oliveira conclui sua obra evidenciando duas experiências, a justiça restaurativa, que por meio da mediação "vem proporcionando alento para a sólida redefinição do papel dos sistemas e regimes de execução penal" e a alternativa do monitoramento eletrônico via satélite, com possibilidade de interconexão com a internet, "que inaugurou um novo estilo de sanção penal útil, com portas de saída rumo a um futuro de oportunidades, de modo a viabilizar a propagação das melhores práticas em favor de consistente reforma penal em todos os continentes" (OLIVEIRA, 2012, p. 204).

Registre-se que o monitoramento eletrônico é uma alternativa diferenciada e não apenas uma opção para concorrer com as outras reações penais substitutivas, uma vez que pode ser cumprido no meio livre, sem temor, com apoio da sociedade não se limitando ao sentido pragmático de mero contragolpe à lesão (OLIVEIRA, 2012, p. 205).

Quanto aos países citados por Oliveira, os Estados Unidos vem garantindo em seu planejamento projeções favoráveis à substituição das penas privativas de liberdade pelo monitoramento, esclarecendo que "a projeção até 2015, nos EUA, é que cerca de 1 milhão de pessoas serão beneficiadas com a substituição da pena privativa de liberdade pela alternativa da prisão virtual controlada pelo monitoramento com sistema de vigilância via satélite" (OLIVEIRA, 2012, p. 206).

Contudo, Oliveira (2012, p. 207) registra ainda a necessária "prudência em respeito aos direitos humanos, requerida no controle do monitoramente eletrônico, devido ao zelo em relação à privacidade, lembrando sempre que nenhuma tecnologia é totalmente à prova de erros".

2 MEDIDAS FAVORÁVEIS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO.

Consoante à premissa de ressocialização tão amplamente discutida como um dos objetivos do cumprimento da pena refere-se à obra intitulada **Trabalho para Ex-Infratores**[7], de José Pastore, sobre as medidas que podem obter resultados favoráveis a partir de ações desenvolvidas durante o encarceramento e após a saída do apenado para o meio social, objetivando sua ressocialização.

Segundo Pastore (2011), o processo de reinserção, inicia-se dentro do presídio, antes da liberação, e se prolonga pelos primeiros anos de trabalho.

[7] PASTORE, Jose. **Trabalho para ex-infratores**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Demonstra-se ao longo da análise, que há pontos positivos quanto ao trabalho e a educação dentro da casa penal, seja para a sociedade, seja para o encarcerado. A oferta de qualificação e trabalho promove uma renda, mesmo que mínima, para o seu sustento próprio e de sua família além de reduzir o seu tempo de permanência no cárcere.

Mesmo relato foi verificado na entrevista realizada com Paulo Cristiano, custodiado no Presídio Estadual Metropolitano I (PEM I), e também nos depoimentos de práticas relativas ao tema, sobre a relevância do trabalho e estudo na casa penal.

O detento Paulo Cristiano Cumpre pena há 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses e ao entrar no sistema prisional, já possuía o ensino médio. Depois de algumas tentativas, este ano conseguiu a pontuação e colocação para o curso de letras na IFPA.

Frisa um ponto que considera importante referente à ressocialização, ressaltando o olhar discriminatório e generalizado da sociedade em relação ao apenado, contudo, considera que a educação tem ganhado destaque, por não oferecer somente a sala de aula ou o conteúdo propriamente dito, indo além do que preconiza a normativa educacional. Diz Cristiano "Existem jovens reclusos que tem uma profissão, mas que precisam de uma oportunidade para exercê-la".

Outro ponto relevante destacado por José Pastore (2011) é a possibilidade de trabalhar não apenas com objetivo de ganho rápido, mas principalmente utilizando suas habilidades, de forma a lhe proporcionar prazer e satisfação com as atividades desenvolvidas dentro do cárcere.

Traduz-se positivamente ser acompanhados, aconselhados, acolhidos, amparados e principalmente, aceitos, com todas as limitações que porventura tragam consigo, aliado a possibilidade de ganhar seus rendimentos de forma licita, pois são fatores que diminuem as chances de retorno a pratica de crimes, segundo José Pastore (2011).

Insta refletir sobre a realidade profissional dos apenados, antes da condenação. Pastore (2011) refere-se ao despreparo educacional e profissional generalizado por parte dos delinquentes, constatando que antes de ser condenada, a grande maioria já enfrentava problemas pessoais, econômicos e sociais, além do potencial envolvimento com drogas.

Sobre a qualificação profissional antes do aprisionamento, não foi objetivo da pesquisa ora em tela, contudo, as informações sobre o nível educacional foram apresentadas e corroboram a preocupação de Pastore. No Estado do Pará, 7.523 (sete mil, quinhentos e vinte e três) custodiados possuem o nível fundamental incompleto, significando um rol de mais de 50% (cinquenta por cento) dos presos, além de 725 (setecentos e vinte e cinco) analfabetos e os que se declaram apenas alfabetizados, 1.136 (hum mil, cento e trinta e seis) custodiados.

Situação similar se reproduz no PEM II, havendo 178 (cento e setenta e oito) custodiados com ensino fundamental incompleto, portanto, acima de 50% (cinquenta por cento) da população carcerária da unidade prisional e mais 27 (vinte e sete) analfabetos e 30 (trinta) apenas alfabetizados.

O estigma social de que a grande maioria dos presidiários é PPP: pobre, preto e puta, é constatado pela maioria dos ilícitos que são efetivados contra o patrimônio, muitas vezes por jovens ansiosos por possuir o que a mídia estimula e oferece, segundo Pastore (2011).

Observa-se nos dados pesquisados a preocupação de Pastore, sendo possível demonstrar que grande parte da população carcerária paraense é constituída de pessoas das camadas mais pobres da população, jovens e de baixa escolaridade. A faixa etária entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos atinge quase 5.000 (cinco mil) detentos.

Os dois tipos penais mais frequentes, tanto para homens quanto para mulheres, e acordo com a pesquisa realizada, referem-se ao roubo qualificado (crime contra o patrimônio) e o tráfico de entorpecentes. O mesmo resultado é percebido na média geral das casas penais e em particular, no PEM II.

Quanto às mulheres, destoa significativamente o tipo penal mais usual, tráfico de entorpecentes, cujos crimes somam 519 (quinhentos e dezenove) ocorrências no total das casas penais. O crime de incidência mais próxima é o roubo qualificado, com 51 (cinquenta e uma) ocorrências.

Ainda sobre a realidade profissional dos apenados antes da condenação, visível é o envolvimento com drogas preconizado por Pastore, ao se debruçar sobre o tipo penal de tráfico de entorpecentes.

Nesse sentindo, é oportuna a visão do Medico Posterli (2000), quanto aos efeitos do uso de substâncias entorpecentes na contribuição da criminalidade. Os efeitos das drogas licitas e ilícitas, demonstram o encorajamento que causam ao meliante, para que atue de forma desimpedida em transgressão às normas criminais, sendo visível à relação do usuário drogadito com o tráfico de entorpecentes.

3 USO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS E O AUMENTO DA CRIMINALIDADE

Posterli, em suas explanações no livro **Violência Urbana Abordagem Multifatorial da Criminogênese**[8], propõe-se a analisar os crimes de violência sob uma abrangência múltipla, quer seja do ponto de vista histórico, biológico, antropológico, sociológico, psíquico, neurológico, fisiopatológico, da mídia, político, das drogas, do álcool, do direito, socioeconômico e filosófico, concluindo que, a contrário senso, "não há excesso de doentes mentais dentre os criminosos violentos". Observou ainda que "a violência entre os psicóticos (doentes mentais), exteriorizada na forma de crime psicótico, objetivando sua periculosidade, existe, mas é baixa a incidência", restando, por fim confirmado em seu trabalho, que 80% dos doentes mentais não são violentos. (POSTERLI, 2000, p. 17).

[8] POSTERLI, Renato. **Violência Urbana:** abordagem multifatorial da criminogênese. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

Conclui o autor que o álcool e as drogas, considerados problemas de saúde pública, contribuem muitíssimo mais para a violência que as doenças mentais, observando ainda que as mesmas referem-se a uma criminalidade intencional, portanto consciente.

De igual sorte, salutar a ponderação de Damásio de Jesus[9], ao reiterar o bom uso das penas alternativas. Se o tipo penal mais frequente, conforme demonstrado na pesquisa, é o crime contra o patrimônio, insta refletir o que o sistema prisional representa. Todos, sem exceção, ao perder um bem, desejam a sua recuperação, mas o cerceamento da liberdade do culpado impede até que o mesmo trabalhe para produzir e pagar o bem surrupiado.

Nota-se que a discussão é mais ampla do que o simples encarceramento. A sociedade deseja se sentir segura, usufruir dos bens patrimoniais a que faz jus com seu labor. Dar segurança a sociedade é dever do Estado, que tem como uma das possibilidades no cometimento de crimes ou atos infracionais, a privação da liberdade. Mas, como vimos, não é a única opção.

Em uma sociedade que preza pela exclusão das camadas menos favorecidas da população, não há como responsabilizar apenas o indivíduo pelo delito cometido, sem atentar para direitos fundamentais que lhe foram negados antes de seguir pela senda criminosa e ainda são negados, nesse sistema prisional ora apresentado.

Depreende-se das políticas criminais a proteção à sociedade, sem descuidar daqueles a quem tem o condão de exercer a autoridade punitiva. Dessa forma, legitima-se que a privação da liberdade seja o meio utilizado apenas para os casos de necessidade reconhecida, pugnando pela proteção daquele que cometeu delito de menor gravidade e que por falta de opção estatal, acaba dividindo espaço com outros presos com maior grau de periculosidade, em um ambiente pernicioso e de graves comprometimentos futuros.

Quanto ao perfil dos criminosos que podem ser ressocializados, segundo as lições de Pastore (2011), há criminosos que não são recuperáveis com o trabalho. Quantos mais crimes são cometidos e por estes condenado, menos chance o delinquente tem de se inserir no mercado de trabalho. Voltar para o mesmo ambiente vicioso onde delinquia antes de ser preso, também em muito dificulta a saída do mundo do crime. Porém, o mais difícil ainda é o delinquente dependente de substâncias entorpecentes.

Segundo ainda Posterli (2000, p.21), a violência urbana é um das maiores causas de morte e sequelas em todo o mundo. E ao falar das causas, considera as mais diversas, como genes, cérebro, drogas, indicadores socioeconômicos e até mesmo programação televisiva, ocupando-se de perscruta-las na busca de possíveis soluções.

Importante atentar que a violência e criminalidade não são sinônimas, sendo a primeira um constrangimento físico ou moral e a segunda referir-se a um conjunto de

[9] JESUS, Damásio de. **Penas alternativas:** anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

infrações que se produzem em um tempo e lugar determinado. Assim, a criminalidade é um resultado da violência. (POSTERLI, 2000, p. 22 e 23).

Ao referir-se a episódios repetidamente veiculados pela mídia, de explosões gratuitas de violência assassina, Posterli (2000, p. 25 e 26) ressalta que é comum entre as personalidades predispostas a graves alterações de conduta, receberem elogios e dizerem que não mais reincidirão, contudo, salienta, é apenas mais uma habilidade que possuem a de demonstrar o que o outro quer ouvir, mas por dentro não estarem realmente sentindo o que suas palavras ressoam. Considera que não há de se falar em anormalidades o nutrir fascínio pelo sombrio e deixar seduzir-se pela rebeldia, em determinado período da vida, porém, requer uma canalização adequada para fins positivos antes que se perpetrem atitudes antissociais.

Por considerar que o ser humano é naturalmente sádico, Posterli (2000, p. 26 e 27), apregoa que o cuidado com a educação deve ser profilático, visto como um processo vivo e evolutivo. Cuidado também dispensado a violência na TV, pois, segundo o autor, faz mal porque a pessoa, no olhar, começa a se acostumar e deixa de ficar horrorizada com a violência.

Refere-se ao período da puberdade, com predominância da vida instintivo-emocional, como momento delicado para a família, que diminui o cuidado com a educação diária, deixando livre o excesso de tendências instintivas. É nesse período que, segundo Posterli (2000, p. 30), "o jovem corre o perigo das reações antissociais, das práticas inconvenientes e dos devaneios voluptuosos".

Já no período dos 16 aos 18 anos, onde a vontade do jovem é direcionada a rivalidade entre os grupos, sendo permanente a contestação dos valores tradicionais e a exigência de uma participação ativa nas decisões sociais, acredita Posterli (2000, p. 30) que é a "Educação que deve orientar o jovem para formas saudáveis, socialmente positivas e moderadas de ele expressar-se como vontade".

Isso posto, crescido o jovem, agora chamado de adulto pelas leis vigentes, tem-se o outrora adolescente, com 18 (dezoito) anos de idade, em momento que consciência do seu valor pessoal e situação atual, percebendo-se dentre do aspecto sociocultural em que está instalado, a par do mundo em que vive, sendo, novamente, segundo Posterli (2000, p. 30, 31), fundamental o papel da Educação, a qual compete favorecer a identificação do jovem e o contato com pessoas que exerçam referências positivas, sejam humanistas seculares ou figuras próximas, mas que exercem grande influencia pelas suas atitudes, a fim de "permitir que esse natural período de contradição, indecisões, idealismo, impetuosidade, heroísmo, não se desvirtue em delinquência".

Considera ainda Posterli (2000, p. 31), que pela vulnerabilidade natural ocorrida na adolescência, à educação ampliada e voltada para o conhecimento tradicional e cultural dará ao jovem maiores possibilidades de transformar as dificuldades enfrentando-as positivamente, significando que poderá:

> [...] ao defrontar-se com as naturais ansiedades que a vida oferece, resolvê-las ou superá-las graças a outros sadios mecanismos de defesa ou adaptação da personalidade, como a sublimação e a formação reativa. Desse modo, pela sublimação, por exemplo, canalizam-se condutas inaceitáveis em aceitáveis e até sublimes. Daí, sublimação, a exemplo do jovem do violento jovem que transforma isso em luta de boxe, que é aceitável. Sublimando, pode exteriorizar-se até em atividades correspondentes a metas valorizadas socialmente como a criação artística, atividades intelectuais, ou seja, mudando-se de orientação escolhem-se objetivos de valor superior.

Destaca ainda Posterli (2000, p. 33) acerca da Educação, que esta deve mostrar ao jovem que a moral, que estabelece as regras, as quais devem reger a conduta individual e social, não é um código de proibições, mas, ao contrário, uma doutrina destinada a tornar os homens melhores.

Ao destacar os aspectos neurobiológico e psíquico da violência, Posterli (2000, p. 35 a 37) evidencia as reações do corpo, citando como exemplo o assaltante, com uma arma de fogo e o assaltado, esclarecendo que "as sensações são iguais tanto para o assaltante quanto para o assaltado [...] é maior o abalo para quem está com a arma na mão, sobretudo se for inexperiente".

Posterli (2000, p. 39) refere-se aos estudos do Professor Osvaldo Frota-Pessoa, do Departamento de biologia da Universidade de São Paulo, para afirmar que a explicação para a agressividade está na interação das tendências genéticas com as influências do ambiente.

Consubstancia o binômio genética e comportamento criminoso por meio do estudo do DNA de uma família envolvida em vários casos de conduta violenta, restando concluído que um defeito genético no cromossomo X explicava o comportamento delituoso exteriorizado por homens violentos[10]. Ao citar o geneticista Holandês Han Brunner, Posterli (2000, p. 41) consubstancia que "não quer dizer que se encontrou o gene da violência, porém, é um elemento a mais para se levar em conta".

Posterli (2000, p. 59 - 63), de forma simplificada, descreve as principais drogas e suas consequentes reações provocadas no organismo, sendo relevante considerar seus ensinamentos, de forma esquematizada, com o objetivo de compreender o porquê das atitudes violentas dos usuários de tóxicos, como as drogas agem sobre o cérebro e quais são seus efeitos no comportamento. Para melhor compreensão as informações foram disponibilizadas esquematicamente (Apêndice).

Sua conclusão lógica é que dependendo do tóxico, observa-se uma reação química no cérebro, com predisposição à agressividade, possível violência e a consequente criminalidade.

[10] Familia holandesa, geneticamente estudada em 1993, pelo geneticista Holandes Han Brunner.

Posterli (2000, p. 65, 66) evidencia que os filmes de forte conteúdo violento no cinema e na televisão, os videogames com a mesma finalidade agressiva, a fácil aquisição de arma de fogo e o uso de drogas, contribuem para o aumento da violência e da criminalidade. Corroborando as evidências, cita o estudo do antropólogo Roswell Huesmann, da Universidade de Illinois, Estados Unidos, que fez uma pesquisa por 22 (vinte e dois) anos com um grupo de crianças de 9 (nove) e 10 (dez) anos de idade, concluindo que crianças mais expostas à violência televisada apresentaram, na idade adulta, 150% (cento e cinquenta por cento) mais ocorrências policiais do que os menos expostos.

Cita ainda as conclusões do psicólogo Jo Groebel, que defende não ser a televisão, vídeo ou jogos de computador as principais origens da violência, considerando a família, a situação social e as estruturas da sociedade como mais importantes, porém, as crianças sem orientação e amor dos pais sofrem um enorme impacto da televisão com programas fascinantes, observando que os fortes são recompensados e os problemas facilmente resolvidos. Segundo Jo Groebel, é responsabilidade dos pais explicar que a violência não é divertimento e que ela machuca.

Ressalta-se que de um modo geral o revólver pode ser visto como um prolongamento do braço, notadamente no interior, e um instrumento para demonstrar coragem, valentia, masculinidade, machismo, sendo um fator de caráter antropológico. Observam-se situações que poderiam redundar no máximo em uma lesão corporal de natureza leve, mas que, ao portar uma arma de fogo, poderá resultar em morte (POSTERLI, 2000, p. 70).

Posterli (2000, p. 73 - 75), refere-se à violência, poder e autoridade, no dizer de Hannah Arendt (1906-1975), em sua obra Sobre a Violência, conceituando que o poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto, não sendo propriedade de um indivíduo e sim de um grupo, e conserva sua existência enquanto o grupo permanecer unido. Já a violência corresponde à desintegração do poder, pois o destrói. Considera que a violência aparece onde o poder está em risco, sendo possível até a sua extinção, com a devida prevalência da violência. Conceitua ainda a autoridade, que é o reconhecimento inquestionável que não requer nem coerção nem persuasão, e que não é destruída pela violência, e sim pelo desprezo.

Posterli (2000, p. 77 - 79) destaca que nos momentos de estabilidade política e social, a violência é menor que nos períodos de crise, citando o trabalho do Professor Genival Veloso de Franca, em seu trabalho intitulado Pena de Morte: a criminosa participação médica (publicada na revista Médico Moderno, p. 84-91), para considerar inconcebível o instituto da pena de morte como recurso do Estado na proteção social, em que se objetivaria uma forma simplista de resolver um problema complexo e da mais alta gravidade, subvertendo, pois, toda a filosofia penal, quando o alvo da pena é ressocializar, tratar corrigindo e disciplinar elevando.

Quanto ao uso de arma de fogo pela população, Posterli (2000, p. 81 e 82) observa que segundo pesquisas, pessoas que andam armadas têm mais risco de serem mortas por ladrões do que aquelas que circulam desarmadas, sendo o Brasil um dos países onde mais se mata com arma de fogo.

Posterli (2000, p. 83, 84) indaga sobre a violência urbana referir-se apenas a segurança publica ou ser um caso de saúde publica, relacionando uma sociedade violenta aos aspectos socioeconômicos tais como desemprego, má distribuição de renda e dificuldade de acesso a bens e serviços. Conclui que as medidas a serem tomadas para arrefecer os altos índices de violência são existir leis e a efetiva fiscalização do seu cumprimento, bem como melhoria das condições de vida, medidas preventivas e ação integrada entre os setores, Estado e a sociedade.

Posterli (2000, p. 93, 94) defende que uma proposta fundamental para a profilaxia da violência urbana reside em investir na educação, no sentido mais amplo da palavra, propiciando ao educando princípios filosóficos de conduta social, de relação com seu semelhante e também princípios religiosos. Há de se falar em um processo educacional holístico, educando para informar, mas principalmente para formar, no sentido de maior uso da reflexão, evitando combater a violência com mais violência.

A prevenção individual também é citada por Posterli (2000, p. 95, 97), citando a ostentação como uma conduta atrativa para o ladrão ou sequestrador. Sugere ainda a necessidade de estar alerta, até desconfiado com o intuito de garantir a segurança física, bem como a mudança de hábitos, como fazer um trajeto diferente todos os dias, deixar de ir a regiões onde o crime é mais frequente, utilizar carros blindados ou até disfarçar com carros de menor valor.

Mas para grande parte da sociedade brasileira, a legislação penal é inadequada às exigências da sociedade moderna. Percebem que a lei é branda com quem merece maior grau de repressão, sustentada pelo crescente índice de criminalidade e suas novas espécies, com o aperfeiçoamento tecnológico, que altera a fisionomia da criminalidade. Tais fatores, sustentam, exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, sendo inevitável a adequação das leis vigentes.

Por outro lado, há outra parte da sociedade que defende ser o sistema atual perverso para o criminoso, desrespeitando regras básicas de respeito aos direitos e desconsiderando a dignidade da pessoa humana. Consideram seu posicionamento na análise das penas e o seu efetivo cumprimento, dentre outros, constatando que o encarceramento pouco ressocializa o apenado, sendo acertada a sua maior limitação, com a consequente utilização de penas alternativas, defendida em inflamantes discursos.

Não se pode também imaginar que após todos os acontecimentos, há uma família lá fora estruturada e ansiosa para receber o egresso. Pastore (2011) explica que toda reinserção objetiva a reabilitação dos ex-infratores para a vida social e a consequente redução da reincidência.

E como atingir tais objetivos se não houver interelacão social? E este convívio social passa primordialmente por uma identidade profissional, como uma segunda pele, um *status* social, de acordo com Pastore (2011). E a falta desta identidade pode ser uma das causas da reincidência, por provocar uma não aceitação da realidade e a necessária dependência de terceiros para sua própria sobrevivência.

Considerando o momento da execução da pena como um tratamento penitenciário a que o condenado é submetido e no qual é necessário observar a sua resposta e adaptação ao regime prisional, tem-se que a progressão somente se dá quando o preso demonstra aptidão para se adequar ao regime mais brando. E para tanto, requer orientação adequada, instrução, trabalho e outros ensinamentos, que podem determinar o seu comportamento, a sua reação ao tratamento ressocializador e o seu mérito no decorrer da execução.

É necessário identificar as variáveis responsáveis pela determinação do crime e da reincidência, com o objetivo de auxiliar os delinquentes, abordando os pontos mais importantes para a construção de uma nova vida, como preleciona Pastore (2011).

Requer atenção à necessária qualidade e boa remuneração do emprego alcançado, visto que o mundo do crime sempre tem oportunidades com alta rentabilidade, o que pode constituir um grande empecilho para sua reintegração social.

Pastore (2011) reitera a importância de se cuidar não só do aspecto profissional, mas atentar também para os aspectos familiares, sociais e emocionais, para que novas bases sejam formadas, enriquecendo as relações sociais e fortalecendo a autoestima do egresso.

Conclui Pastore que a etapa mais importante é o apoio logo na saída da detenção, disponibilizando alojamento, alimentação, despesas de locomoção e higiene. Esta atenção do Estado pode fazer a diferença entre tentar uma vida digna, correta ou apoiar-se em antigos favores, que na maioria das vezes custam muito caro, às vezes, com a própria reincidência.

De todo o exposto, não se pode deixar de pensar no apenado hoje como um egresso amanhã. As estratégias precisam ser criadas e dinamizadas em toda a estrutura estatal. Foi possível, portanto, demonstrar com a pesquisa em tela, que o modelo vigente, já exaustivamente criticado, realmente não funciona. E não funciona não por não ser bom, pois que a Lei de Execução Penal (LEP) é considerada uma Lei avançada em relação aos objetivos que se propõe. O que não funciona é a prática e execução da Lei. O Estado não cumpre, e por não cumprir, pratica atos danosos à sociedade, contaminando ainda mais aqueles que dependem de sua intervenção repressiva, porém, de cunho remediativo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Vade Mecun Saraiva. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Código de Processo Penal*. Vade Mecun Saraiva. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Vade Mecun Saraiva. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Lei de Execução Penal***.** Vade Mecun Saraiva. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal simplificado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Carlos Lélio Lauria. *Lei de Execução Penal em perguntas e respostas*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

JESUS, Damásio de. *Penas alternativas:* anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____, Damásio de. *Manual de Direito Penal Volume I*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a.

_____, Renato. *Lei de Execução Penal anotada*. 4. ed. Ref. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013b.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 6. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. edição, São Paulo, Editora Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro*. São Paulo: Lex Magister, 2012.

PASTORE, Jose. *Trabalho para ex-infratores*. São Paulo: Saraiva, 2011.

POSTERLI, Renato. *Violência Urbana***:** abordagem multifatorial da criminogênese. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

SUSIPE. *SUSIPE em números:* janeiro de 2015. Belém, 2015. Disponível em: <http://issuu.com/acssusipe/docs/janeiro_2015_-_19_02_2015>. Acesso em: 11.03.2015.

_____. *Quadro demonstrativo do Governo do Estado do Pará, Superintendência do Sistema Penitenciário* – fevereiro de 2015. [mensagem pessoal]. Arquivo recebido por <MSN_NewsletterBR@hotmail.com> em 02.02.2015.

APÊNDICE

PRINCIPAIS DROGAS E AS REAÇÕES PROVOCADAS NO ORGANISMO.

ESTRUTURA NEURANATÔMICA DE NATUREZA CEREBRAL		**SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E NEUROFISIOLOGIA**						
		ÁLCOOL	**MACONHA**	**SOLVENTE / MEDICAMENTO PSICOTRÓPICO**	**INALANTE**	**CRACK**	**COCAINA**	**HEROINA**
Córtex frontal (camada externa do lobo frontal do cérebro).	Responsável pelas funções mais especializadas, coordenando as áreas motora, sensorial, auditiva, visual e cognitiva (linguagem e memória).	É o tóxico que mais se associa à violência, embora seja uma droga lícita.	Não se associa a atitudes violentas, sendo conhecida com a droga da amizade. Um dos efeitos do uso frequente é a desmotivação, a perda de interesse pelas atividades diárias e perda de objetivos de vida. Abre caminho para tóxicos mais perigosos em virtude dos contatos sociais degradantes que seu uso implica.	São as drogas mais consumidas no Brasil, na maioria das vezes utilizadas antes da maconha.	Exige menor poder aquisitivo para seu consumo, como a cola de sapateiro e o removedor de esmalte.	É uma potente forma impura da cocaína, mas não provoca dependência física, e sim dependência psicológica, sendo tamanha que pode provocar atos delituosos. A forte compulsão para seu uso faz o crack ser considerado uma droga com alto potencial de dependência psíquica, com consequências delitivas mais imprevisíveis e gravosos possíveis.	É estimulante do sistema nervoso central e o mais potente estimulante de origem natural, com consequências gravíssimas. O usuário se torna confiante, podendo originar-se o comportamento violento, sendo conhecida como a droga da coragem.	É cinco vezes mais tóxica que a morfina.

ESTRUTURA NEURANATÔMICA DE NATUREZA CEREBRAL	SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E NEUROFISIOLOGIA					
	ÁLCOOL	MACONHA	INALANTE	CRACK	COCAINA	HEROÍNA
Neocórtex ou neopálio (parte mais evoluída do córtex frontal fica bem na frente, na altura da testa).	Tem efeito desinibidor, sendo forte depressor do sistema nervoso central, provocando inicialmente um estado de euforia.	É depressora do sistema nervoso central e provoca taquicardia, hipotensão arterial e relaxamento.	É depressor do sistema nervoso central, de início provocando uma fase de excitação.	Provoca o aumento da produção de dopamina, que é um neurotransmissor excitante.	Eleva a pressão arterial, aumenta a pulsação cardíaca e a temperatura interna. Torna mais rápida a transmissão dos estímulos nervosos. Excita, principalmente, as áreas sensoriais e motoras, chegando ao cérebro através da corrente sanguínea, bloqueando os neurônios, interferindo no fluxo da dopamina, que em excesso, produz estado de euforia. Alem do AVC, podem induzir convulsões, atrofia cerebral difusa e lesões cardiovasculares sistêmicas.	Provoca náuseas, vômitos, hiportemia, bradicardia (desaceleração dos batimentos cardíacos). As mortes por superdosagem (overdose), ocorrem devido a parada cardíaca. Durante o efeito da heroína, o usuário não e capaz de atitudes violentas, porém, por provocar uma forte dependência física, com a abstinência, surge a agressividade. Alem do AVC, podem induzir convulsões, atrofia cerebral difusa e lesões cardiovasculares sistêmicas.

ESTRUTURA NEURANATÔMICA DE NATUREZA CEREBRAL		SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E NEUROFISIOLOGIA			
	ÁLCOOL				
Hipotálamo	Regula o metabolismo de água e hormônios, apetite, sede e outras funções. Regula o metabolismo, controla as atividades involuntárias do organismo e comanda os comportamentos de agressão e ataque.	Atinge a região motora do cérebro, o córtex, com a diminuição dos reflexos.			
ESTRUTURA NEURANATÔMICA DE NATUREZA CEREBRAL		**SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E NEUROFISIOLOGIA**			
		ÁLCOOL	**INALANTES**	**CRACK**	**COCAINA**
Sistema límbico, substrato neural dos processos mentais.	É a região cerebral mais ligada às emoções. Representa um elo entre mente e corpo, rege a vida afetiva (emocional) e instintivo-impulsiva. Ligado às emoções profundas.	É a fase da intoxicação, de repercussão límbica, exteriorizando com frequência atitudes violentas.	É a fase de depressão. Embora seja comum a apatia física, pode ocorrer fenômeno alucinatório visual, que é um quadro de psicose aguda, psicose sintomática, podendo provocar reações inesperadas e violentas.	Atua no sistema límbico.	Estimula o sistema límbico.

Fonte: POSTERLI, Renato. **Violência Urbana:** abordagem multifatorial da criminogênese. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 59-63.

UTILITARISMO E TRIBUNAL DO JÚRI: (IN) JUSTIÇA PENAL DA MAIORIA

Ney Tapajós Ferreira Franco*

RESUMO: Busca o presente artigo detectar aspectos da corrente filosófico-política denominada Utilitarismo no funcionamento do Tribunal do Júri brasileiro, demonstrando-se ao longo da pesquisa como tal influência compromete a realização de direitos fundamentais ligados ao processo penal praticado no âmbito do Tribunal Popular.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Utilitarismo. Direitos fundamentais. Devido processo legal.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ORIGENS, PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO UTILITARISMO E SEUS CRÍTICOS. 3 A MORAL UTILITÁRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI. 4 A LIVRE CONSCIÊNCIA DO JURADO COMO MODELO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA CONSENSUAL E UTILITÁRIA: CRÍTICAS. 5 UTILITARISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIFERENÇAS IRRECONCILIÁVEIS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a estrutura e dinâmica do Tribunal do Júri a partir da ótica do Utilitarismo.

Toda e qualquer concepção de justiça trabalha com o chamado conceito de igualdade abstrato segundo o qual todos devem ser tratados com igual consideração e respeito.

Esta premissa, contudo, recebe conclusões diferentes conforme a corrente de filosofia política adotada. Assim, para o libertarismo, tal ideal seria alcançada se a todos fosse dada liberdade absoluta para dispor de seus recursos desde que sua aquisição inicial tenha sido legítima.

Para os defensores do chamado liberalismo de princípios, como Ronald Dworkin, a igualdade distributiva seria alcançada se houvesse igualdade de recursos para que as pessoas pudessem livremente escolher aqueles mais condizentes com seus planos de vida sem esquecer o chamado custo de oportunidades destas escolhas para aqueles que não adquiriram tais recursos o que ressalta a responsabilidade das pessoas perante a comunidade.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará (2ª entrância). Especialista em direito civil e processual civil pela FGV. Especialista em direito agrário pelo CESUPA. Mestrando em direitos fundamentais pela UNAMA

Para nós, interessa a visão utilitária desta igualdade abstrata. Para seus defensores, tratar igualmente as pessoas implica levar em conta as preferências de todos os indivíduos, ou, numa visão mais sóbria desta corrente, aquelas preferências mais legítimas ou racionais segundo determinada concepção de moralidade.

> Por outro lado, o utilitarismo é interessante porque não prejulga os desejos e preferências dos diferentes indivíduos cuja situação está em jogo: na ora de elaborar suas propostas, o utilitarismo (pelo menos alguma versão interessante dele) sugere considerar as preferências de cada um dos possíveis afetados, independentemente do conteúdo específico das reivindicações particulares de cada um deles (GARGARELA: 2008, 05).

Neste estudo, defendemos a ideia de que o Tribunal do Júri, na forma como se reveste atualmente no sistema processual penal brasileiro, apresenta caracteres próprios de uma concepção utilitária de justiça distributiva o que, a nosso ver, fere os postulados do Estado Democrático do Direito por implicar a violação de direitos fundamentais que, por força da cláusula do devido processo legal (art.5º, LIV da CF/88) deveriam ser assegurados aos acusados sujeitos ao Tribunal Popular.

2 ORIGENS, PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO UTILITARISMO E SEUS CRÍTICOS

O utilitarismo como teoria moral surgiu no séc. XVIII e suas feições clássicas foram construídas pelos filósofos ingleses Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873).

Sua ideia geral é que o ato moralmente correto seria aquele que proporcionaria a maximização da felicidade geral onde as preferências de todos seriam absolutamente equiparadas para fins de aferição do nível de bem estar coletivo alcançado.

Assim *"O utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade"* (KYMLICKA, 2006:11).

O utilitarismo pode ser visto não apenas como critério para aferir-se a moralidade individual, mas também - numa visão macro - como sustentáculo para programas de governo e políticas públicas nas mais diversas áreas, notadamente a econômica onde sua influência é marcante em ações e procedimentos pautados pela lógica custo/benefício.

> A lógica utilitarista é aplicada em análises de custo e benefício, uma forma de tomada de decisões amplamente utilizada por governos e corporações. A análise de custo e benefício tenta trazer a racionalidade e o rigor para as escolhas complexas da sociedade, transformando todos os custos e benefícios em termos monetários – e, então, comparando-os. (SANDEL, 2011: 56).

Da definição exposta acima, podemos deduzir os pressupostos básicos do ato moral segundo a doutrina utilitária: 1) ele (ato moral) deverá maximizar a felicidade do bem-estar geral; 2) todas as preferências dos membros da sociedade devem ser sopesadas neste cálculo da produção da felicidade geral.

No início de seu desenvolvimento histórico, o utilitarismo significou um avanço nas ideias então dominantes na sociedade inglesa da época (seu berço histórico), pois implicou uma crítica contundente dos costumes e tradições então dominantes, passando o utilitarismo a ser *"identificado com um programa político progressista e preocupado com reformas – a ampliação da democracia, a reforma penal, as provisões para o bem-estar social, etc"* (KYMLICKA, 2006:60).

O utilitarismo seduziu muitos, sendo prontamente identificados dois estímulos que impulsionaram sua ampla aceitação nos meios intelectuais e nos mais diversos segmentos sociais.

Primeiramente, sua ênfase na conquista da felicidade que é uma meta praticamente unânime entre as pessoas. Na busca deste ideal, as pessoas se viram diante de argumentos que as afastavam do julgo da autoridade e da tradição, principalmente de fundo religioso.

Logo, todos se viram desobrigados de pautar sua moral cotidiana em crenças, superticões e outros argumentos de inspiração metafísica que, não raro, produziam efeito reverso nos fiéis, gerando uma postura ascética e tediosa diante da vida que só contribuía para a infelicidade geral.

Outro ponto muito popular do utilitarismo refere-se à importância que confere aos resultados da ação moral, gerando aquilo que se convencionou chamar de consequencialismo. Em princípio, tal raciocínio é correto, pois impede julgamentos morais arbitrários e puramente subjetivos. O ato ou conduta, para ser certo ou errado, passaria por uma avaliação quantificável empiricamente segundo os utilitaristas, qual seja, deveria ser avaliado conforme o grau de benefício geral que proporcionaria.

Conforme leciona GARGARELA(2008:4): *"De fato, implícita ou explicitamente, muitos de nós tendemos a favorecer soluções utilitaristas quando temos dúvidas sobre como decidir algum dilema moral. Por exemplo, tendemos a preferir as decisões que beneficiam uma maioria de pessoas quando não sabemos como decidir um certo caso; tendemos a considerar como aceitáveis aquelas políticas orientadas a promover o bem-estar geral".*

Apoiado em KYMLICKA (2006:15) podemos decompor o utilitarismo em duas partes: "1. Descrição do bem-estar humano ou "utilidade", e 2. Uma instrução para maximizar a utilidade, assim, definida, dando igual peso à utilidade de cada pessoa".

No primeiro caso, há divergências conceituais entre os utilitaristas sobre a ideia de utilidade, as quais serão vistas no capítulo seguinte. No segundo caso, os utilitaristas entendem que a única forma de maximizar a utilidade seria considerar todas as preferências humanas num mesmo patamar e as preferências que atenderiam numericamente a um maior número de pessoas corresponderiam àquelas moralmente corretas a se fazer.

> "Para o utilitário, quantidades iguais de utilidade têm importância igual independentemente de quem a utilidade beneficie. Ninguém está em posição privilegiada nos cálculos, ninguém tem mais direito que outra pessoa de beneficiar-se de um ato. Portanto, devemos proporcionar consequências que satisfaçam o maior número de preferências (informadas) entre as pessoas da sociedade" (KYMLICKA, 2006: 25).

Basicamente, as críticas dirigidas ao utilitarismo referem-se aos efeitos reversos de seus aparentes atrativos intelectuais. Assim, ao conceder especial relevância à quantificação, na agregação e no cômputo geral da felicidade, os utilitários desprezam os interesses de grupos minoritários o que em termos jurídicos podem implicar franca violação aos direitos fundamentais. De igual forma, ao considerar que todas as preferências das pessoas devem ser nivelados de forma igualitária, os utilitários colocam os valores na mesma balança, conferindo-lhes o mesmo peso moral embora de natureza distintas, o que, não raro, poderia abranger preferências discriminatórias, odiosas e até mesmo ilegais.

Ressaltamos que o objetivo deste trabalho é, após apresentar em linhas gerais a epistemologia utilitária, ressaltar a presença de alguns de seus aspectos teóricos na dinâmica do Tribunal do Júri nacional e suas consequências na esfera dos direitos fundamentais dos acusados sujeitos a esta instância de julgamento reconhecida pelo sistema jurídico pátrio embora não integre formalmente o Poder Judiciário[1].

3 A MORAL UTILITÁRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Conforme indicado no item anterior, o utilitarismo se preocupa nuclearmente com duas questões: definir o que seria utilidade/bem estar e qual metodologia deve ser utilizada para maximizar esta utilidade.

Quanto à primeira questão, foram identificadas quatro definições de bem-estar humano.

A primeira, de inspiração hedonista, identifica a experiência ou sensação de prazer como o principal bem humano. A segunda entende que o bem maior não seria apenas uma experiência psicológica de bem estar, mas, sim, o exercício concreto de uma atividade prazerosa. A terceira concepção enxerga a utilidade como satisfação das preferências das pessoas, quaisquer que sejam. A quarta, por fim, que é um *plus* com relação à terceira, diz que devemos levar em conta apenas aquelas preferências racionais

[1] O foco utilitarista não é novidade no processo penal, sendo vislumbrado naquelas políticas criminais que primam pela eficiência mo combate à criminalidade ainda que em detrimento dos direitos fundamentais. Neste sentido, informa Aury Lopes Jr: "O utilitarismo está relacionado à idéia do combate à criminalidade a qualquer custo, a um processo penal mais célere e eficiente, no sentido de diminuir as garantias processuais do cidadão em nome do interesse estatal de mais rapidamente apurar e apenar condutas. É sinônimo de exclusão, supressão de direitos fundamentais para alcançar a máxima eficiência (antigarantista)" (Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista), Ed. Lumen Juris, 3ª Ed. pág.48)

ou informadas, o que exigiria um certo amadurecimento sócio-cultural das pessoas. (KYMLICKA 2006:17-24)

Dentre as quatro concepções de utilidade tradicionalmente aceitas pelo utilitarismo aquela que a entende como satisfação de preferências indiscriminadas parece se adequar logicamente à estrutura do ato de julgar dos integrantes do Conselho de Sentença, uma vez que, ao exercer seu voto, o jurado expressaria sua própria preferência moral sem restrições legais ou meta-legais senão as decorrentes de sua subjetividade, pois não há uma métrica racional que permita confrontar suas razões pessoais de decidir.

Há, de fato, no Tribunal do Júri, a admissão de toda e qualquer preferência de julgamento pelo jurado que, respaldado na inexigência de motivação, decidirá conforme sua consciência.

Embora haja possibilidade de se recorrer de decisões do júri proferidas manifestamente contrárias às provas dos autos – o que significaria, em tese, uma restrição ao que fora decidido – tal circunstância somente pode ocorrer uma única vez (art.593, III, "d", §3º do CPP) o que significa dizer que, no caso de provimento do recurso e seja realizado outro julgamento sobre o mesmo caso, nada impede que os jurados adotem a preferência de julgar que melhor entendem, ainda que o novo veredicto seja novamente contrário à prova colhida durante a instrução.

Após os jurados manifestarem sua preferência de julgamento durante a votação dos quesitos, procede-se à contagem dos votos sendo o resultado adotado aquele decidido pela maioria, obedecendo-se assim, ao critério utilitarista de maximização do bem-estar do grupo (no caso, o Conselho de Sentença) pela soma das preferências externadas no voto de cada qual.

A nosso ver esta lógica simples do julgamento popular obedece ao espírito do utilitarismo à medida que se constitui numa espécie de moralidade admitida pelo direito pautada na defesa de uma justiça distributiva que se satisfaz com a simples escolha de preferências majoritariamente aceitas.

Com efeito, no grupamento social representado pelo Conselho de Sentença, todas as preferências morais dos jurados podem ser abstratamente levadas em conta.

Defendemos ainda a concepção de que no processo penal praticado no Júri, as preferências dos jurados – além daquelas que são fruto de sua consciência moral e que permanecem ocultas na sua psique, pois não são desveladas - também se expressam em poderes e faculdades processuais próprios de um juiz togado, admitindo, assim, variadas formas, como a possibilidade de interrogarem o réu, a vítima ou as testemunhas, solicitar quaisquer meios de prova (acareações, reinquirições, testemunhas, etc).

Tais preferências (referentes à existência ou não de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, presença de qualificadoras ou não, presença de excludentes de ilicitude, etc), via de regra, são livremente exercidas pelos jurados no decorrer do julgamento, culminando com a eleição daquelas majoritariamente escolhidas e que revelarão a sorte do acusado.

E o que é mais complicador. Embora haja um padrão jurídico nacional que informa o tipo de Estado criado pelo pacto social, representado pela adoção do princípio do Estado Democrático de Direito insculpido no art.1º da CF/88, no Tribunal do Júri, diante da cláusula da não fundamentação dos veredictos, não há parâmetros que permitam aferir se as decisões (*rectius*, preferências) dos jurados espelhariam a prática de um processo penal democrático compatível com este novel Estado.

O conteúdo deste processo penal democrático está intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais destinados a proteger o acusado da persecução penal, tais como, ampla defesa e contraditório, juiz natural, inadmissibilidade de provas ilícitas, direito à fundamentação, etc.

Neste contexto, merece destaque o direito fundamental à prova judicializada que impõe o dever em sede processual penal de se desprezarem preferências apoiadas em provas colhidas apenas em sede investigatória criminal, que, como se sabe, é notória fonte de abusos e vícios além de ser um procedimento a-contraditório.

Ou seja, como se disse, todas as preferências morais dos jurados são equiparadas. A decisão, assim, é tomada a partir de uma verificação puramente quantitativa, o que obedeceria ao sonho utilitário de mensuração objetiva da utilidade.

A tese numericamente vencedora no julgamento, neste contexto, corresponderia à satisfação do bem estar do maior número de jurados que votaram na tese final.

Convém ressaltar que quando falamos em preferências no Tribunal do Júri estamos nos reportando a todo e qualquer valor ou medida adotado pelos jurados ao exercer seu ofício de decidir a causa. Estas preferências são multivariadas e estão igualmente ligadas a fatores distintos como a formação cultural-religiosa dos jurados, suas experiências pessoais, familiares e sociais, suas relações com o fenômeno da criminalidade, etc, os quais formam o ambiente existencial do qual derivam seus reconceitos e pré-compreensões, não no sentido comum ou vulgar, mas no sentido utilizado pela hermenêutica filosófica, qual seja, o de juízos prévios[2].

Mais adiante, analisaremos as consequências desta lógica utilitária do Tribunal do Júri a partir da ótica dos direitos fundamentais garantidos aos acusados sujeitos ao seu julgamento.

[2] Na visão da hermenêutica filosófica, os preconceitos não se confundem com juízos pessoais pautados em visões subjetivo-morais sobre pessoas e coisas. Ao revés, preconceitos nesta abordagem filosófica são dimensões absolutamente necessárias ao ato de existir, vez que, concebidas na tradição na qual todos nós estamos imersos e que jamais poderemos nos afastar. *"Os juízos prévios não são algo que devamos aceitar ou que possamos recusar, são a base da capacidade que temos para compreender história. Logo não se pode dispor dos pré-juízos. Eles são condição de possibilidade de toda e qualquer compreensão. Eles sempre existirão. Queiramos, ou não"* (PINHO: 2013, 66)

4 A LIVRE CONSCIÊNCIA DO JURADO COMO MODELO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA CONSENSUAL E UTILITÁRIA: CRÍTICAS

No nosso sistema processual penal, o Conselho de Sentença emite decisões sem necessidade de fundamentar seu voto. Esta talvez seja – ao lado da cláusula da incomunicabilidade – a nota mais característica do Tribunal do Júri. Suas decisões, portanto, derivam apenas e tão somente de sua consciência.

Há, portanto, ampla discricionariedade do jurado em decidir o destino do réu nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. Nesta função de julgar, o julgador de fato não está limitado por qualquer ordem externa de valores ou ideias, sejam de que natureza for. Seu *munus* é soberano e sua consciência se constitui na única limitação psico-moral dentro da qual o jurado atua conforme as exigências de sua subjetividade ou, se preferir, de seu *self*.

Neste sentido, a par dos tradicionais argumentos religiosos que alguns jurados invocam, até mesmo para se eximir do dever de participar do Tribunal Popular, que no Brasil é serviço público obrigatório, nada impede que os jurados pautem seu agir decisório a partir de concepções de nítido caráter discriminatório, julgando-se o réu pela sua cor, raça, credo religioso ou qualquer outra visão de mundo embutida no seu espírito.

Esta falta de compromisso com o dever de fundamentar seu veredicto permite ao jurado ampla liberdade julgadora, um poder praticamente ilimitado de decidir o destino dos réus sem que se possa declinar qualquer ilegalidade.

A noção de moralidade que extraímos desta prática judicial no âmbito do Tribunal do Júri, a nosso ver, se coaduna com aquela noção de utilidade defendida pelos teóricos do utilitarismo que a identificam como satisfação majoritária de preferências, conforme mencionado linhas atrás.

Assim, a Justiça Distributiva praticada no Júri seria efetivada mediante autorização constitucional assegurada aos jurados para adotarem qualquer preferência moral durante o julgamento, culminando com a adoção de um veredicto, seja absolvendo, seja condenando, concebido através de uma simples certificação numérica.

Logo, no Tribunal Popular busca-se um determinado ideal de justiça pela simples somatória dos votos majoritários numa ou noutra direção.

Esta visão de justiça, portanto, se baseia numa visão de moralidade pautada na noção de consenso pela maioria em que os julgamentos decorrem não pela adoção de valores ou critérios prévios extraídos de fonte legítima, como a Constituição, mas sim daquilo que foi decidido segundo a livre consciência dos jurados.

Os julgamentos do Tribunal do Júri não podem admitir este tipo de moralidade consensual, considerando os valores envolvidos.

No processo penal de índole democrática, como pretende ser o brasileiro, há uma série de direitos fundamentais envolvidos cuja adoção não pode ficar à disposição do "espírito livre" do julgador.

Dentre estes valores, sobressai o da liberdade, vez que todo crime praticado sujeita seu autor a uma sanção penal que compromete sua liberdade de agir, sendo que, em alguns casos, podendo restringi-la a limites bem elevados quando se tratar de condenações acompanhadas de penas privativas de liberdade como geralmente ocorre no Tribunal do Júri.

Daí a exigência de se adotar um padrão de moralidade que esteja comprometido com um processo penal democrático que de forma alguma se coaduna com julgamentos penais proferidos com base na adoção majoritária das preferências morais dos jurados sem qualquer necessidade de fundamentação.

A justiça penal adotada no Júri jamais poderá se basear numa moralidade consensual que é frontalmente contrária a uma moralidade pautada na ideia de direitos fundamentais.

> Neste sentido, não há validade no discurso utilizado perante o Tribunal do Júri se não o utilizar com ética, ou seja, se o outro não for visto como um ser igual a nós, na sua diferença, e que é desprovido dos mecanismos necessários para uma perfeita inserção social. O consenso obtido com a linguagem compromete, ou pode comprometer, a vida e, portanto, não serve como instrumento de realização da justiça. É antiético, carece de legitimidade e não encontra harmonia com o texto constitucional, pois transforma a coação estatal em violência ao perder legitimidade. (RANGEL,2012:17).

Portanto, a adoção de toda e qualquer preferência do jurado no ato de julgar despida de fundamentação não permite aquilatar se a decisão a que se chegou é compatível com os postulados constitucionais que preconizam um processo penal democrático, violando desse modo uma série de direitos fundamentais assegurados aos acusados.

5 UTILITARISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIFERENÇAS IRRECONCILIÁVEIS

Vimos linha atrás que numa visão utilitária, atribui-se o mesmo peso para as múltiplas preferências dos jurados que, ainda tem sua utilidade "maximizada" em função da desnecessidade de motivação por esta ou aquela preferência.

Esta prática torna praticamente letra morta a cláusula igualmente constitucional referente ao devido processo legal e toda concepção de moralidade política daí decorrente, pois nada impediria que o Conselho de Sentença adote como preferência/critério de julgamento ideias, concepções e práticas contrárias ao Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais ligados ao processo penal.

Poderiam, assim, os jurados se convencerem com base exclusivamente naquilo que foi produzido em sede de inquérito policial, desprezando-se, o direito fundamental à prova judicializada, que é aquela produzida sob o crivo do contraditório.

Poderiam adotar como padrão de julgamento preferências nitidamente discriminatórias a partir da classe social, raça, religião ou simples modo de vida do réu, adotando-se e aplicando-se o inconstitucional direito penal do autor que pune não pela que a pessoa faz, mas sim pelo que ela é[3].

Em última instância, a adoção indiscriminada das preferências dos jurados no ato decisório afasta até mesmo a verificação do cumprimento do princípio da ampla defesa no Júri, pois não há garantias de que os argumentos defensivos foram analisados pelo Conselho de Sentença, ao contrário do que ocorre na instância criminal togada em que o juiz de direito não pode deixar de se pronunciar sobre toda matéria defensiva suscitada no caso.

Desse modo, resta devidamente demonstrada, a nosso ver, esta perspectiva utilitarista no Tribunal do Júri à medida que os julgamentos realizados nesta instância decisória penal se baseiam unicamente na decisão majoritária das preferências livremente adotadas pelos jurados por ocasião de sua votação nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida.

Parece que a instituição do Júri viu-se blindada contra a influência daquilo que se popularizou como dimensão objetiva dos direitos fundamentais que promoveria a ampla irradiação dos efeitos desta plêiade especialíssima de direitos por todos os ramos do direito.

> Com efeito, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Böckenförde, uma dimensão até então ignorada - a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula. (BONAVIDES, 2003, p. 587-588).

Dentre estes direitos fundamentais ignorados pela moralidade utilitária adotada no Júri se destaca o direito à fundamentação das decisões judiciais e ao diálogo dialético produzido no processo em função do contraditório, comunicação que é absolutamente

[3] O chamado Direito Penal do Autor traz subjacente a idéia de reprovabilidade penal lastreada em simples estados ou condições existenciais o que seria proibido pelo Princípio da Lesividade , o qual nas palavras de Nilo Batista veda incriminação de "conduta puramente interna ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a ***lesividade*** que pode legitimar a intervenção penal" (...) O direito penal só pode ser um *direito penal da ação*, e não um *direito penal do autor*, como eventualmente se pretendeu. O homem responde por aquilo que ele faz e não pelo que é" (Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Ed. Revan, 1990, Rio de Janeiro, págs.91 e 93).

vedada em face da incomunicabilidade entre os jurados o que implica em violação aos postulados do Estado Democrático de Direito[4].

Quanto à incomunicabilidade dos jurados, há a falsa ideia de que o silêncio entre os mesmos impediria influências negativas ou prejudiciais, tornando o julgamento mais "puro" e conforme a consciência de cada jurado.

No entanto, é justamente nesta impossibilidade de se dialogar que se impedem os debates, o conhecimento das diversas visões de mundo dos jurados e, assim, num exercício verdadeiramente democrático a ampla discussão das teses apresentadas pelas partes no julgamento. Caso se pudesse externalizar sua opinião entre seus pares, haveria um controle sobre o pensamento do outro que permitiria o desvelamento de ideias preconceituosas e atentatórias ao processo penal democrático e assim, assegurar a plena legitimidade das preferências morais dos jurados.

Contudo, este dever de silêncio imposto ao Conselho de Sentença apenas reforça preferências dos mais diversos matizes até mesmo aquelas contrárias aos direitos fundamentais, transformando o Tribunal do Júri em palco de violências simbólicas cometidas contra os réus.

Neste sentido, este silêncio pode trazer embutida uma postura moral no ato de julgar que não se coaduna com a dignidade humana, possibilitando um poder quase divino ao jurado de conferir o significado que bem entender aos rituais e práticas adotados no Júri.

> O próprio ato de falar exclui o que não dito, pois quando se diz algo – porque se elegeu para dizer – o que não foi dito vem em forma de silêncio, mas está em determinado lugar com seu significado" (...) "No júri, os jurados não falam mas não estão apenas mudos, estão em silêncio; há o pensamento, a introspecção, a contemplação a oitiva da fala dos atores jurídicos, a observação dos aspectos físicos e sociais do réu, trata-se de um julgamento muito mais social do que jurídico. Em regra, somos nós contra os outros (RANGEL, 2012:25;26).

Espera-se, assim, que o Tribunal do Júri seja resgatado pela dogmática processual penal e, passando pela filtragem dos direitos fundamentais, possa ao final, concluir-se se

[4] Neste sentido, basilares as palavras de Paulo Rangel: "No caso do Tribunal do Júri, não se pode mais aplicar um código de processo penal, da primeira metade do século passado, em detrimento das conquistas constitucionais hodiernas, dentre elas a necessidade de fundamentação das decisões judiciais (...) No Estado de Direito, as decisões estatais devem ser transparentes e fundamentadas, logo, objeto de discussão entre os integrantes do Conselho de Sentença. O que caracteriza a Constituição do século XX e do início deste século XXI, frente à Constituição do século XIX, são exatamente as garantias constitucionais asseguradas aos indivíduos, ou seja, o júri, se é garantia do cidadão (art.93, IX da CR). Todo o júri está no plano constitucional, e o direito processual penal, por ser o direito constitucional aplicado, deve efetivar essas regras. A força normativa da Constituição impõe uma releitura do júri no Código de Processo Penal, a fim de que os princípios constitucionais possam, efetivamente, ser aplicados e não somente normatizados"(op. cit. pág.266-267)

tal instituição é ou não compatível com o Estado Democrático de Direito. E ainda, caso se conclua pela incompatibilidade de seu desenho atual frente ao modelo democrático de Estado de Direito: é possível sua adequação ou sua extinção é um imperativo dos nossos tempos?

6 CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu demonstrar que a dinâmica praticada pelo Tribunal do Júri brasileiro obedece a uma concepção de justiça distributiva que possui nítida vinculação com o Utilitarismo.

É sabido que a Justiça se constitui na virtude ou no valor mais importante para o Direito. Talvez porque traga subjacente o ideal de se proporcionar a todos aquele sentimento de satisfação moral quanto ao que lhe é devido, que, no final das contas, implicará na manutenção da paz e da ordem social.

Tanto isto é verdade que as causas morais da insatisfação humana – sejam a título individual ou coletivo – sempre remetem a ideia de algo que nos foi tirado ou que deveria nos ser entregue.

Nos julgamentos realizados no âmbito do Tribunal do Júri, como em toda e qualquer instância decisória reconhecida pelo Direito, muito antes de se constituir numa exigência legal, constitui-se num imperativo moral categórico a exigência de saber as razões pelas quais somos privados de certos bens ou recursos fundamentais aos nossos planos de vida.

Silenciar-se ou autorizar-se legalmente o silêncio sobre os motivos de tão elevada intromissão na vida do outro se revela arbitrário e desumano e não atende ao padrão civilizatório que deve permear os sistemas jurídicos que se intitulam reconhecedores e cumpridores dos direitos fundamentais.

Nesta quadra da história vivenciada pelo fenômeno do Direito, a moralidade política atual não admite instâncias jurídicas de decisão envolvendo direitos fundamentais despidas de motivação. Este grau de subjetivismo no ato decisório judicial – que não raro descamba para o arbitrário - não se coaduna com a ideia de alteridade que deve permear o ideal de justiça distributiva buscada pelo Direito, principalmente quando somos julgados por nossos próprios pares.

ABSTRACT: This article seeks to detect some aspects of the political philosophy current know as Utilitarianism in the functioning of the Brazilian jury trial, demonstrating, along the research, how this influence binds the realization of fundamental rights contingent to criminal process practiced in a popular tribune.

KEYWORDS: Jury Trial. Utilitarianism. Fundamental rights. Due process of law.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Revan. Rio de Janeiro, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*. Martins Fontes: São Paulo, 2008.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

LOPES JR., AURY. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Lumen Juris, 3. ed. Rio de Janeiro, 2006.

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

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri*: visão linguística, histórica, social e jurídica. Atlas: São Paulo, 2012.

CONSELHOS MUNICIPAIS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DESAFIOS PARA CONCRETIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL NOS MUNICÍPIOS PARAENSES

Patrícia de Fátima de Carvalho Araújo[1]

RESUMO: O texto circunscreve-se a apresentar os Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente a partir da perspectiva dos desafios para a concretização do Controle Social, com enfoque na realidade apurada nos Municípios Paraenses. O objetivo é realizar uma análise provida de conteúdo crítico -ainda que breve- lastreada em coleta de dados, utilizando-se metodologia quantitativa e qualitativa. Procura traçar um panorama contemporâneo, no qual se visualizam as dificuldades e pontos de fragilidades que se constituem em óbices à sua evolução. Ousa, também, apontar alternativas para a superação dos múltiplos desafios. Defende, por fim, o fortalecimento do Controle Social que, sob a forma de Conselhos Municipais de Direitos atuantes, contribua para a efetivação de políticas públicas verdadeiramente efetivas em favor das crianças e adolescentes paraenses.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e adolescente. Conselhos Municipais de Direitos. Desafios. Controle Social. Políticas Públicas.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, reflexo do processo de redemocratização brasileira, adotou o Princípio da Participação Popular na elaboração, formulação e deliberação das políticas sociais públicas, dentre essas as destinadas às crianças e adolescentes. Instituiu, por igual turno, inegáveis avanços no âmbito do exercício do Controle Social sobre essas mesmas políticas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, derivação regulamentadora das notáveis conquistas da Constituição Cidadã, adotou a Doutrina da Proteção Integral a todas as crianças e adolescentes brasileiras em contraponto a Doutrina da Situação Irregular, ou seja, passou a concebê-las como cidadãos, sujeitos de direitos e não mais como objetos de atuação da norma e instituiu o Sistema de Garantia de Direitos, realizado por meio

[1] Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Pós-graduanda lato sensu em Direito da Criança e do Adolescente pela Universidade Federal do Pará

de uma política de atendimento articulada nas três esferas de governo, assentado em três grandes eixos: Promoção, Controle Social e Defesa de Direitos.

No eixo Promoção estão as políticas sociais públicas que devem ser efetivas pelo Estado nas diversas áreas, como saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, devendo ser formuladas pelos Conselhos de Direitos, que na área da infância e juventude, ainda contam com prioridade absoluta, inclusive para destinação orçamentária.

O eixo Controle é por excelência o espaço da sociedade civil organizada para exercer a vigilância social e exigir os mandamentos e imperativos constitucionais e legais.

Por seu turno, no eixo Defesa, atuam diversos atores, dente eles os chamados atores do Sistema de Justiça, posto que voltado para a responsabilização pelo não atendimento, atendimento irregular ou violação aos direitos individuais ou coletivos de crianças e adolescentes. Atuam desde o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Advogados, Centros de Defesa, até as Secretarias de Estado e as Associações legalmente constituídas que tenham dentre seus fins a defesa dos direitos infanto-juvenis.

Os Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCAs) estão situados tanto no eixo Promoção como no eixo Controle Social que trata da participação da sociedade na deliberação e formulação das políticas públicas voltadas para a infância e adolescência, por meio das instâncias formais de participaçãoestabelecidas na lei que são os chamados Conselhos de Direitos, Conselhos Gestores de Políticas Públicas ou Conselhos Setoriais.

Foram instituídos, nas três esferas governo, com base no artigo 204 da Constituição Federal, sob o auspício da Democracia Participativa, quando o cidadão percebeu que não bastava apenas eleger representantes como forma de participação efetiva na vida social.

Contudo, os conselhos de direitos municipais se constituem em uma das instâncias formais de participação popular, ao lado das Conferências Municipais[2] e são os que estão mais próximos aos interesses da comunidade, adquirindo maior visibilidade no processo do exercício da participação popular e do controle social das políticas públicas.

Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar a dinâmica de atuação dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, no âmbito dos Municípios Paraenses, com base na análise de dados coletados em 19 (dezenove) deles: Redenção, Castanhal, Altamira, Abaetetuba, Ananindeua, Santarém, Capanema, Marabá, Marituba, Barcarena, Paragominas, Tucuruí, Cametá, Belém, Bragança, São Félix do Xingu, Breves, Itaituba e Parauapebas, a partir da perspectiva dos desafios para a concretização do Controle Social, este aqui tratado sob a ótica da capacidade conferida a sociedade de interagir com o Estado na definição de prioridades e elaboração das políticas sociais, ou seja,

[2] Existem também as Conferências Municipais como instância formal de participação popular e exercício do Controle Social. São eventos que devem ser realizados periodicamente para discutir a política de atendimento à criança e ao adolescente. Suas deliberações vinculam o Poder Público e são norteadoras da implantação das políticas públicas deliberadas.

do controle social[3] da sociedade civil na gestão das políticas públicas, sobre as decisões tomadas pelo Estado.

Após a coleta e análise dos dados da pesquisa, o estudo tem por objetivo responder às seguintes questões: A atuação dos Conselhos de Direitos da forma usualmente desenvolvida está resultando em políticas públicas efetivas em prol da criança e do adolescente? Quais as principais dificuldades e pontos de fragilidade detectados na atuação desse colegiado? E, ainda, é preciso superar desafios em busca de maior efetividade de atuação do controle social?

Incialmente, para melhor entendimento do tema, foi preciso delinear esse importante instrumento de democracia representativa, participativa e deliberativa - o

Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, bem como a concepção de Controle Social advinda da Constituição Federal de 1988, enquanto instrumento de efetivação da participação popular na gestão das políticas públicas.

A partir de então, com utilização dos dados coletados, foi construído um panorama contemporâneo apontando dificuldades e pontos de fragilidade na atuação do colegiado que constituem entraves a concretização do Controle Social.

Por fim, os desafios são trazidos à tona, como ponto de partida, sem pretensão de esgotamento do assunto, à indicação de alternativas de superação que conduzam ao fortalecimento do controle social desejado e necessário, caminho para a efetividade das políticas públicas, dado o reflexo que a omissão ou deficiência destas acarreta nas crescentes violações dos direitos ao segmento infanto-juvenil.

2 CONSELHOS MUNICIPAIS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CMDCAs) E CONTROLE SOCIAL

O Brasil, desde a segunda metade da década de 1980, quando o regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte permitindo que a sociedade civil apresentasse suas sugestões e reinvindicações aos constituintes e participasse de audiências públicas com os representes do Estado, inaugurou o modelo do Princípio da Participação Popular, seguido pela Constituição Cidadã de 1988 e consolidou a democracia com a participação social de todos os sujeitos empenhados no exercício da cidadania.

Nesse diapasão, os setores organizados da sociedade participam desde a elaboração e formulação das políticas públicas da saúde, da educação, da assistência social, dos direitos da criança e do adolescente, da segurança pública, entre outras, bem como do monitoramento e alocação de recursos para que estas políticas atendam aos interesses da coletividade, garantindo a eficiência dos serviços públicos e exigindo comportamento ético dos gestores.

[3] Cabe ressaltar que embora haja diferentes formas de interpretação do conceito de 'controle social', que pode ser entendido tanto para designar o controle do Estado sobre a sociedade quanto do controle da sociedade civil sobre as ações do Estado. No decorrer de todo este trabalho nos referimos ao controle social dos indivíduos sobre as ações do Estado, com recorte no financiamento de políticas públicas.

Desta forma, vem sendo sugerida e estimulada uma maior participação da sociedade para o alcance o desenvolvimento social e econômico do País, de forma sustentável, por meio do planejamento e da gestão cada vez mais participativa com o controle social das ações do governo, superando a racionalidade do capitalismo e tornando cada sujeito protagonista de sua própria história.

O cidadão descobre, cada vez mais, que no exercício da democracia, não basta apenas votar e ser votado como forma de participação efetiva na vida social (democracia representativa), mas também que precisa debater com o governo os problemas existentes para juntos encontrar soluções efetivas (democracia participativa).

Assim, o controle social das políticas públicas de financiamento, é exercido também pela sociedade civil, nos diferentes espaços institucionais de participação, como os Conselhos e em outras formas de articulação, dentre estas, conferências, redes e fóruns.

Conforme Brasil (2004, p.51):

> O Controle Social tem sua concepção advinda da Constituição federal de 1988, enquanto instrumento de efetivação da participação popular no processo de gestão político-administrativa financeira e técnico-operativa, com caráter democrático e descentralizado. Dentro dessa lógica, o controle do Estado é exercido pela sociedade na garantia dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos balizados nos preceitos constitucionais.

Os Conselhos, estabelecidos na Constituição Brasileira de 1988 como órgãos de mediação entre Estado e Sociedade, atuam na gestão, acompanhamento e fiscalização das políticas públicas, estabelecendo inserção na agenda governamental de novas demandas de políticas públicas, principalmente para a área social.

Podem ser classificados como conselhos gestores de políticas setoriais, quando se referem a políticas específicas, tais como saúde, educação, assistência social ou conselhos de direitos, voltados para determinados segmentos, em reconhecimento à existência de grupos que sofrem historicamente com desigualdades por razões histórico-culturais, e estão instituídos no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios.

Conforme Campos e Maciel (apud CONIL, 1997, p. 168), o Conselho Municipal é,

> Um espaço político administrativo onde poderão emergir de forma concreta as representações dos diferentes interesses envolvidos na construção dos sistemas locais. Significam, também, um lócus de um poder formal atribuído as diversas formas de organização popular [...].

Tais institutos de gestão compartilhada estão presentes em vários pontos da Carta Constitucional. O art. 29, XII, prevê a cooperação das associações representavas no planejamento municipal; os arts. 194 parágrafo único, VII; 198, III, 204, II, 206, VI e 227, § 1o, estabelecem o caráter democrático e descentralizado da administração nas áreas de seguridade social (saúde, previdência e asssstência social), da educação e da criança e do adolescente, e outras, por meio da participação da sociedade civil na gestão de políticas públicas. (ALMEIDA, 2005, p. 13).

> Art. 29. O Município reger-se-ápor lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e nos seguintes preceitos:
> XII — cooperação das associações representativas no planejamento municipal;
> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, àprevidência e à assistência social.
> Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
> VII — caráter democrático e descentrali&ado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação de trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.
> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
> III—participação da comunidade; Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:
> II — participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.
> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> VI— gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer,à profssionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negiigência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

> §1o O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

Relevante ressaltar: o fato dos conselhos municipais estarem mais próximos aos interesses da comunidade representam a descentralização das políticas públicas e a democratização da gestão local, o que propicia também uma maior eficiência e um maior controle. Orlando dos Santos Júnior, Sérgio de Azevedo de Luiz César Ribeiro destacam:

> A criação e a disseminação dos conselhos municipais resultam da emergência no Brasil dos ideais de reforma das instituições de governo local no Brasil, cuja orientação central é a busca do aumento da participação direta da sociedade na gestão municipal e da eficiência e da efetividade das políticas públicas que vêm sendo descentralizadas desde a segunda metade dos anos 80. (SANTOS JUNIOR, 2004. p.12).

Sob esse viés da descentralização das políticas públicas, advém a questão de cunho econômico, atribuindo à sociedade civil municipal o papel de fiscalizadora e controladora direta do uso dos recursos públicos destinados às políticas sociais locais. Uma vez que há a necessidade da transferência de recursos federais e ou estaduais para financiar essas políticas, o mecanismo encontrado foi a valorização do controle pela sociedade, daí o repasse de tais recursos estar frequentemente vinculado à existência de conselhos gestores locais. São exemplos de conselhos de constituição obrigatória para repasses de verbas federais os conselhos de assistência social, os dos direitos da criança e do adolescente, os de saúde e os de FUNDEB.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, derivação regulamentadora das notáveis conquistas da Constituição Cidadã, ao preconizar a Proteção Integral a todas as crianças e adolescentes brasileiras, instituiu o Sistema de Garantia de Direitos, realizado por meio de uma política de atendimento articulada nas três esferas de governo, assentado em três grandes eixos: Promoção, Controle Social e Defesa de Direitos.

Os Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCAs) estão situados, além do eixo promoção, no eixo Controle Social, que trata da participação da sociedade na deliberação e formulação das políticas públicas voltadas para a infância e adolescência, conforme se depreende do artigo 88, II do supra citado Estatuto.

Segundo Raichelis, os Conselhos definidos nos moldes constitucionais são:

> Espaços públicos com força legal para atuar nas políticas públicas, na definição de suas prioridades, de seus conteúdos e recursos orçamentários, de segmentos sociais a serem atendidos e na avaliação dos resultados. A composição plural e heterogênea,

> com representação da sociedade civil e do governo em diferentes formatos, caracteriza os conselhos como instâncias de negociação de conflitos entre diferentes grupos e interesses, portanto, como campo de disputas políticas, de conceitos e processos, de significados e resultados políticos (RAICHELIS, 2006, p.11).

No tocante à composição, os Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCAs), possuem essência paritária, ou seja, são formados por igual número de membros da sociedade civil e do poder público. Os membros da área governamental (titulares e suplentes) são, via de regra, indicados pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, e pertencem às secretarias especificadas em cada Lei criadora do respectivo conselho.

Já os membros da sociedade civil são eleitos por pessoas ligadas a entidades e movimentos relacionados à área de atuação do conselho, denominados delegados. Há quem se inscreva para votar e há os que se candidatam para representar a sociedade civil organizada. Por vezes a entidade é quem concorre e indica seu representante, após eleita.

Digno de nota, combater, portanto, qualquer questionamento quanto a legitimidade de seus representantes por não terem sido eleitos diretamente, sem universalidade do sufrágio a exemplo dos vereadores e prefeitos (democracia representativa), com seu traço mais significativo e marcante: **a participação cidadã voluntária, de onde emana outro tipo de legitimidade.**

Aqui estão aqueles que são vocacionados para o desempenho de um múnus público por puro civismo ou dedicação de cidadania. Por identificação e preferência de atuação específica em uma determinada política social ou em prol de um determinado segmento social. O caráter voluntário da participação configura outra vertente do sistema democrático, o exercício de um cargo não remunerado, que reduz a probabilidade de comportamentos auto-interessados, favorecendo aqueles que de fato possuem o espírito público.

Quanto à dinâmica de seu funcionamento os conselhos devem obedecer ao seu Regimento Interno (importante instrumento norteador que deve ser elaborado), que determinará dentre outras questões a periodicidade das reuniões ordinárias do colegiado (quinzenais, mensais) e ainda, a previsibilidade de organização interna com a formação das comissões temáticas ou subcomissões temáticas, importantes regulamentações para o adequado desempenho de suas relevantes funções deliberadoras, formuladoras, controladoras e fiscalizadoras das políticas públicas.

Dentre suas funções essenciais estão a deliberação e formulação das políticas públicas que devem ser implementadas pelo Poder Público Municipal em prol da infância e adolescência; a fiscalização da correta execução dessas políticas; o monitoramento dos procedimentos de atendimento; a articulação a rede de proteção e a gestão dos recursos do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Também está entre suas atribuições, fazer com que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja cumprido,

divulgando suas normas e mecanismos de exigibilidade; proceder ao registro formal das entidades governamentais e não governamentais e de seus programas, estabelecendo normas e orientando e fiscalizando seu funcionamento, bem como presidir o processo de escolha dos Conselheiros Tutelares e ainda processá-los e julgá-los em suas infrações administrativas e disciplinares.

No entanto, apesar de importantes instrumentos de controle social, na Amazônia, principalmente em nível municipal, conselhos atuantes e qualificados ainda não são realidade na grande maioria dos municípios no Estado do Pará. Os conselhos apresentam diversos desafios a serem superados, dentre estes podem ser citados os vícios da democracia, prevalecendo a cultura do paternalismo, coronelismo, do interesse individual em detrimento dos interesses coletivos, a falta de capacitação na formação dos conselheiros que reflete na frágil competência técnicas dos seus membros e do município, associada a inércia da sociedade civil municipal.

O fortalecimento do controle social na região Amazônica é imprescindível e urgente. Inadiável que se capacitem cada vez mais esses sujeitos para que possa ser criada uma consciência crítica, estabelecida a partir da educação e do conhecimento qualificado, associado a um compromisso com os direitos e valores humanos. Os problemas sociais impostos pelo capitalismo não podem ser resolvidos apenas pela ação do governo ou do mercado, é preciso que sejam asseguradas as condições básicas de participação da cidadania participativa.

O processo de descentralização de competências e recursos para os municípios objetivando a implementação de políticas públicas favoreceu as dinâmicas de participação da sociedade constituindo um novo paradigma de combate à pobreza e promoção do desenvolvimento na Amazônia, por outro lado, há fragilidade técnica dos sujeitos para responder este novo contexto. Pois, embora haja boa intenção, e até mesmo um grande apelo em participar, somente a vontade não é o suficiente, faz-se necessário conhecer mais para atuar melhor na garantia dos direitos preconizados na Constituição Brasileira.

Mészáros, autor de referencia na discussão do Estado e controle social, considera a importância de políticas capazes de intervir na mudança positiva de uma sociedade. De acordo com este estudioso, reafirmando a necessidade da cidadania participativa:

> a política se não for aplicação consciente de medidas estratégicas capazes de afetar profundamente o desenvolvimento social como um todo, se transforma em um mero instrumento de grosseira manipulação, completamente desprovido de qualquer plano global e de uma finalidade própria, segue um padrão de movimento reativo tardio e de curto prazo. (MÉSZÁROS, 1995, p. 18).

Assim, na prática, a expansão quantitativa dos conselhos de direitos não significam, ainda, seu sucesso em superar os desafios que se apresentam. Algumas dificuldades são constantes e comprometem o aspecto qualitativo de seus desempenhos, como veremos a seguir.

3 PANORAMA CONTEMPORÂNEO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS MUNICÍPIOS PARAENSES:

3.1 Fontes de dados utilizados e trajetória metodológica utilizada na pesquisa

Para a confecção e subsídio ao presente trabalho foram utilizados os dados coletados pelo Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público do Estado do Pará, órgão auxiliar da Procuradoria-Geral de Justiça, incumbido de prestar assessoramento necessário na área da infância e juventude aos membros do Parquet paraense.

Os dados coletados acerca dos Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente em diversos municípios paraenses constituem-se em recorte dentro do contexto de uma pesquisa maior que engloba a realização de Diagnóstico (ainda em fase de elaboração) que está sendo produzido sobre o Sistema de Garantias de Direitos das Crianças e Adolescentes nos municípios de Redenção, Castanhal, Altamira, Abaetetuba, Ananindeua, Santarém, Capanema, Marabá, Marituba, Barcarena, Paragominas, Tucuruí, Cametá, Belém, Bragança, São Félix do Xingu, Breves, Itaituba e Parauapebas com o objetivo de fornecer insumos às ações de fiscalização do Ministério Público do Estado em prol da defesa e garantia dos direitos das crianças e adolescentes, fornecendo subsídios para o planejamento de ações voltadas ao fomento e fortalecimento do referido sistema e ao aprimoramento das políticas sociais públicas em atenção a este segmento.

O levantamento de dados realizado nos Municípios foi realizado por Promotores de Justiça e Técnicos do Grupo Interdisciplinar e das Promotorias de Justiça (Assistente Social, Psicólogo, Sociólogo, Cientista Político e Pedagogo), ocorrido no período de outubro de 2013 a maio de 2014. A escolha das cidades pesquisadas teve por base serem sede de polo administrativo do Ministério Público do Estado do Pará e ter um montante populacional de aproximadamente 100 mil habitantes.

Trata-se de uma pesquisa avaliativa e descritiva de uma parcela do sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente nos referidos municípios, pois abrange o Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares, Entidades de Acolhimento Institucional, Entidades de atendimento socioeducativo, Centros de Referência e Centros de Referência Especializado da Assistência Social (CRAS e CREAS), Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e Delegacias de Polícia.

Teve como metodologia de estudo a pesquisa quantitativa e qualitativa, que se insere no campo da pesquisa social, com procedimentos técnicos de levantamento e de desenho comparativo entre os resultados obtidos nos referidos órgãos do Sistema de Garantia de Direitos no município a ser analisado.

A opção por uma abordagem que articula os métodos quantitativo e qualitativo foi devida às seguintes premissas

-o quantitativo e qualitativo são complementares;

-o atendimento pelo sistema de garantia de direitos das crianças e adolescentes são processos socialmente construídos;

-uma avaliação de tais processos precisa levar em conta não só a tecnologia empregada pelos serviços, mas também os significados sociais que influem nos contextos da atenção prestada.

Para seleção das variáveis de estudo os autores se basearam em levantamento bibliográfico e na experiência em fiscalizações e visitas técnicas comumente realizadas, desenvolvidas na fiscalização do sistema, bem como na realização de estudos relacionados á temática.

Os dados (primários) do levantamento foram coletados através de entrevista semiestruturada, combinando perguntas fechadas e abertas, utilizando-se de roteiros previamente elaborados, onde o entrevistado tem a possibilidade de discorrer sobre o tema proposto, sem respostas ou condições prefixadas pelo pesquisador, conforme instrumental utilizado relativo ao Conselho de Diretos e que estará disponibilizado em apêndice.

Foram também coletados dados e informações constantes nos planos municipais, nos programas de trabalho, relatórios, dentre outros, existentes nos órgãos fiscalizados.

Quanto a análise e interpretação dos dados, inicialmente foram analisados os dados obtidos por unidade municipal, sendo realizadas leituras aprofundadas e repetidas dos dados obtidos nas entrevistas e instrumentais aplicados, a fim de listar ideias chaves, temas recorrentes e particularidades.

Esse processo possibilitou a compreensão do conteúdo de cada entrevista e da unidade visitadas e a construção de uma temática com os tópicos e temas chaves oriunda das questões colocadas pelos instrumentais de pesquisa, bem como de outros temas que emergiram da leitura do material. Essa análise foi aplicada a todos os instrumentos procedendo-se à identificação dos trechos que versaram sobre cada temática.

Nesse sentido a análise de conteúdo, enquanto técnica de tratamento de dados também utilizada fez possível investigar a atuação dos conselheiros na concretização do controle social e grau de participação nas deliberações das políticas públicas em prol das crianças e adolescentes em cada Município, ressaindo, por conseguinte também uma análise geral acerca desses Conselhos Municipais de Direitos paraenses, a partir das principais dificuldades e pontos de fragilidade em sua atuação que foram identificados como comuns e que constituem-se em desafios a serem superados.

3.2 Principais dificuldades e pontos de fragilidade na atuação detectados na pesquisa

Devido às nobres e árduas tarefas confiadas a esses cidadãos (conselheiros municipais de direitos da criança e do adolescente) e a diferença que podem fazer na vida de sua comunidade, ao acompanhar de perto o trabalho dos mesmos, nos municípios

paraenses, através de visitas realizadas, atendimentos diretos a seus membros, resoluções de demandas apresentadas, palestras e oficinas, orientações solicitadas, leitura das atas de reuniões, impende não silenciar sobre questões e pontos que se repetem e, ainda, sobre dificuldades observadas que podem e, certamente, estão contribuindo para que esses Conselhos não consigam desempenhar a contento a missão que lhes foi confiada.

A análise crítica que se fará tem como único propósito trazer a lume o que ocorre no cotidiano desses colegiados nos diversos municípios paraenses para que a reflexão nos induza à pensar em soluções que tragam a superação dos desafios.

Primeiramente, não elencando pela ordem de relevância, estão as questões afetas à falta de estrutura física e de pessoal técnico para assessorar os conselheiros. Dispensa maiores comentários que, por representarem uma gestão compartilhada das políticas públicas, compete ao Poder Executivo fornecer os meios e recursos necessários para o correto funcionamento dos conselhos para que exerçam com plenitude suas atribuições, **sobretudo de fiscalização na aplicação dos recursos.**

Assim, o que frequentemente se vê é que não dispõem da infraestrutura mínima indispensável à realização de suas reuniões e tarefas cotidianas. Em alguns municípios, o Conselho não dispõe de espaço próprio para realização de suas atividades, estando situados dentro de prédios de Secretárias Municipais em locais de pouca ou nenhuma visibilidade para a comunidade. Muitos não dispõem de armários, estantes e arquivos para documentos. São carentes de publicações legislativas e acervos bibliográficos pertinentes à sua área de atuação, tais como o ECA, documento de referência, que define suas atribuições o que é preocupante. Há escassez de material de expediente. Embora grande parte possua computador, isso não quer dizer acesso a meios de comunicação como internet, pois falta telefone e também fax. A equipe de apoio é reduzida e na grande maioria dos casos resume-se à presença de um secretário para auxiliar os conselheiros (o que dificulta a realização de tarefas complexas), sendo mais grave situação em que tal servidor, recebe seu salário com recursos provenientes do Fundo Municipal, um equívoco que logo tem que ser corrigido, pois devem ser destinados ao atendimento das políticas, programas e ações voltadas à promoção e defesa dos direitos infanto-juvenis e não para tal finalidade.

Esse quadro é revelador da pouca valorização e relevância do colegiado para as administrações públicas locais, responsáveis por provê-los de infraestrutura adequada ao seu funcionamento, ou, ainda, de que tais administrações não desejam Conselhos de Direitos fortes e atuantes, que se afigurem como referências para a sociedade local, como forma de manutenção da estrutura de poder.

A desigualdade de forças entre Poder Público e Sociedade Civil, dentro do sistema de cogestão, imposto pela composição paritária obrigatória, é outro ponto sensível e frequente no cotidiano dos Conselhos, sobretudo no que diz respeito à falta de alternância na Presidência, que deve ser exercida ora por representante do Poder Público (governamental), ora por representante da sociedade civil (não governamental),

o mesmo devendo ocorrer com a vice-presidência, o que evidencia dificuldade de tornar efetivo o espírito paritário.

Ainda, se verificam algumas legislações municipais equivocadamente conferindo assento nos Conselhos Municipais de Direitos a representante do Poder Legislativo, o que afronta o Princípio Constitucional de Independência e Separação dos Poderes, existindo Resolução do CONANDA n° 105/2005 preconizando que apenas os representantes do executivo devem compor os conselhos. O legislativo é órgão de fiscalização e controle externo das contas públicas. Da mesma forma, Membros do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, não devem ter assento nos Conselhos de Direitos. O Promotor de Justiça deve estar atento à leitura da legislação municipal pertinente à matéria e verificando tais distorções, recomendar sua imediata alteração.

Muito preocupante e com fortes implicações no desempenho e comprometimento e nível de envolvimento dos atores, está o número de horas mensais que os conselheiros de direitos, em média, dedicam às suas atividades. Segundo pesquisa "conhecendo a realidade", realizada em 2007, pela CEATS/FIA, com Conselhos de Direitos e Tutelares do Brasil, na Região Norte, um Conselheiro dedica entre 6 a 20 horas mensais com o exercício das atividades do conselho. Tal dado foi confirmado pela coleta de dados nos municípios paraenses. Na prática, o que se vê é a realização de apenas uma reunião mensal ordinária, em média. Os Conselheiros, quando ouvidos, referem, sobretudo, os governamentais, estarem assoberbados pelas horas dedicadas ao trabalho na repartição pública, pois não são liberados do cargo público que exercem para se dedicar exclusivamente ás atividades do conselho e questionam se não deveria haver exclusividade para dedicação ao conselho. É preciso refletir se a carga horária e a periodicidade de reuniões estão sendo suficientes para levar a cabo as atribuições de forma eficiente.

A identificação da população, infelizmente, quando se pergunta pelas atribuições do Conselho de Direitos da Infância e Juventude somente se traduz pela realização e condução do processo eleitoral do Conselho Tutelar. Parece ser esta a única tarefa que conduzem com visibilidade dentro dos Municípios paraenses, o que é lamentável.

Outro ponto sensível reside no fato dos conselheiros indicados pelo Prefeito para representação governamental, em regra, exercerem cargos comissionados ou temporários, o que limita ou restringe sua atuação, à medida que temem deliberar ou propor políticas públicas que desagradem o governante e com isso ponham em risco seus empregos. Tal fato também leva a um constante clima de desconfiança e distanciamento entre os conselheiros governamentais e não governamentais, e estes terminam por não integrarem uma unidade de pensamento e comunhão de esforços em prol da infância e juventude local, por vezes comportando-se como se fossem oponentes. Melhoraria a situação, talvez, a indicação de servidores concursados para ocuparem a representatividade governamental, em razão do vínculo sólido e permanente com a administração municipal.

Digno acrescentar, as deficiências quanto à representatividade dos conselheiros e quanto à capacidade de deliberar e impor suas decisões ao governo: ainda não há, na grande maioria dos Municípios, a adesão e o cumprimento das deliberações emanada dos colegiados pelo Poder Executivo. Adota por vezes postura contraditória: de um lado dá algum apoio aos conselhos, mas não pretende o reconhecimento de seu poder deliberativo. Preciso que haja a assimilação real de que o poder de deliberação normativa do conselho vincula a ação dos poderes executivos em todas as instâncias.

Chama a atenção, outrossim, o fato dos conselhos trabalharem sem a utilização de ferramentas de gestão que lhes deveriam ser imprescindíveis: os diagnósticos sociais; planos de ação e o monitoramento e avaliação das políticas municipais voltadas para a criança e o adolescente. Por ser órgão com função de deliberar e formular políticas públicas, para exercer papel ativo os Conselhos deveriam produzir ou possuir estudos detalhados, contendo indicações das principais áreas carentes de investimentos e atendimentos e os problemas mais recorrentes a atingir a população infanto-juvenil, possibilitando avaliar também a política de atendimento já implementada. Com base em tais diagnósticos os planos de ação seriam elaborados, contendo propostas claras e o planejamento da atuação do conselho. Por fim, periodicamente, a política de atendimento existente na localidade seria objeto de avaliação, por meio de instrumentais utilizados pelo conselho que lhes permitisse ter uma visão e conhecimento real do atendimento às crianças e dos adolescentes do Município, saber o que está dando certo e o que não estando dando certo e por que. Daí exercerem fraco controle sobre a rede de atendimento, inclusive também no que tange ao registro das entidades (governamentais e não governamentais) e de seus programas.

Na prática, o que se percebe é plano de ação muitas vezes "não documentado", ou então, sempre "em fase de elaboração", o que demonstra falta de planejamento e organização. Também temos muitos mais planos de ação elaborados do que diagnósticos, revelando precariedade, pois um plano de ação consistente deve ter por base um diagnóstico prévio e bem elaborado. A falta de diagnóstico leva à dificuldade de elaboração do plano de ação. Como saber o que a sociedade local precisa, se não se fez tal levantamento? Pior, como pôr no plano de ação, quais políticas públicas são necessárias para serem implementadas, se não se conhece a realidade do Município? É como dar um presente de aniversário a quem não se conhece e de quem nunca sequer se ouviu falar.

No Estado do Pará, em que salta aos olhos a diversidade cultural em um território continental, os Conselhos Municipais carecem, por outra banda, de produção de diagnóstico quanto à existência e situação dos grupos minoritários e quanto às violações aos direitos das minorias, sobretudo crianças e adolescentes indígenas, moradores de assentamentos e quilombolas, os quais precisam ser trazidos para dentro dos planos de ação para serem contemplados com políticas de promoção e proteção de seus direitos.

Falta planejamento estratégico na atuação dos Conselhos Municipais de Direitos. Precisam implementar a utilização das ferramentas de gestão, com urgência e passar a utilizá-las com sabedoria, pois as funções mais nobres e essenciais dos Conselhos Municipais de Direitos não vem sendo executadas ou tem sido realizadas precariamente por grande parte deles.

Outro grande desafio a ser superado diz respeito à inclusão do Plano de Ação do CMDCA no Plano Plurianual ou no orçamento municipal. O Conselho de Direitos tem como uma de suas funções primordiais a participação na formulação orçamentária municipal, de modo a assegurar recursos para a construção de uma política de proteção integral. Os conselheiros possuem dificuldades de compreensão do orçamento municipal e sua vinculação com a atuação do conselho no que pertine a elaboração e encaminhamento dos planos de ação e aplicação e a necessária garantia dos recursos para a consecução dos objetivos dos planos. A região norte tem se destacado negativamente neste tocante, pois os conselhos, em sua maioria não conseguem nem mesmo a inclusão parcial de seus planos de ação nos orçamentos municipais, por diversos motivos, desde o desconhecimento da elaboração do instrumental em si, passando pelos prazos extrapolados de envio ao poder público municipal ou falta de acompanhamento da inclusão das propostas apresentadas.

Ponto crítico tem se revelado a falta de efetividade da maioria dos Fundos Municipais. Muitos apesar de criados e regulamentados não estão sendo adequadamente operacionalizados. As causas vão desde necessidade de capacitação específica para os conselheiros sobre gestão e captação de recursos, monitoramento de qualidade dos gastos e resultados gerados; ampliação de destinações, dependendo de amplo esforço de divulgação junto a pessoas físicas e jurídicas, entre outras. Contudo, qualquer que seja a causa, o resultado é o mesmo: a falta ou a baixa operacionalização adequada dos fundos municipais revela a imaturidade e fragilidade dos conselhos municipais de direitos.

Cumpre anotar, ainda, a insipiente interação entre os diferentes conselhos. Tendo em vista a transversalidade e intersetorialidade das políticas sociais públicas, certos temas são de competência comum a mis de um conselho e muitas vezes, seus poderes deliberativos podem entrar em conflito, dificultando a implementação das políticas formuladas. Neste caso, é importante que haja uma ação integrada e edição de deliberações conjuntas. Por exemplo, no caso da política de atendimento à criança e adolescente dependente de drogas ou portadora de deficiência, problemas que envolvem a competência ao mesmo tempo dos conselhos de saúde, da criança e do adolescente e das pessoas com deficiência.

Diante do panorama ora apresentado, colhido como fruto da pesquisa realizada e experiência profissional cotidiana e convivência nos espaços e com esses atores sociais, vislumbramos que há ainda um longo caminho a percorrer, até que os Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente se tornem efetivos e eficazes e

desenvolvam a contento as nobres e essenciais funções de controle social que lhes foram conferidas.

4 DESAFIOS PARA CONCRETIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL

Precisam superar desafios que vão desde o entendimento da legislação e de suas atribuições, conhecimento da realidade de sua área de atuação, relacionamento com outros órgãos da rede, maior comprometimento e envolvimento no exercício da função, recebimento de capacitação e formação continuada, a fim de que construam consensos que permitam a construção de uma política de atendimento em cada município, priorizando os direitos e garantias da população infanto-juvenil.

Contudo, tal não é tarefa fácil. Os conselheiros precisam se desvencilhar de amarras que vão desde a descrença e/ ou pouca visibilidade social de sua atuação até a necessidade de mudança de seu pensar e agir, superando práticas imediatistas e repetitivas, para que possam ser construtores de um controle social mais fortalecido e efetivo.

Demo diz que a participação política é um processo histórico, "não é dada, é criada. Não é dádiva é reinvindicação. Não é concessão, é sobrevivência. A participação precisa ser construída, forçada, refeita e recriada." (DEMO, 1988, p. 82).

Apesar dos Conselhos de Direitos terem emergido de exigências da Constituição Federal, tal não tem assegurado o exercício pleno de suas funções e atribuições, meio perdidas dentre a dificuldade de se desvencilhar da supremacia exercida pelo poder público que enxerga suas deliberações como de "segunda classe"; seu grau incipiente de organização; pouca visibilidade das demandas que representa, diante da ausência de diagnósticos; desenvolvimento de ações repetitivas e lastreadas num saber já pronto e constituído desprovido de raciocínio crítico; presença de conflitos internos constantes; cooptação por parte do poder público constituído, falta de preparo e informação que leve a negociação e discussões de interesse coletivo.

Some a isto, a ausência de clareza quanto às reais funções e atribuições, a excessiva centralização na pessoa do Presidente, desprezando o seu caráter colegiado para tomada de decisões, falta de tempo e dedicação às atividades do conselho, pois tem que conciliar suas atividades profissionais e ainda outras atividades como conselheiros de outros segmentos, pois em regra ocorre de um mesmo conselheiro da criança e adolescente ser também integrante do conselho de saúde, educação, e outros; alta rotatividade dos membros e a própria falta de estrutura física de trabalho, a subordinação alienada e o pouco envolvimento da sociedade civil no debate das políticas públicas.

Neste diapasão, os conselhos precisam se enxergar e se empoderar enquanto força política nos municípios, tomando um grau de consciência de sua capacidade e buscando cada vez mais a qualificação e capacitação para o exercício de suas tarefas, saindo do confronto entre público e privado (governamental e não governamental) que hoje subtraí seu poder.

> O que os Conselhos precisam vislumbrar é a possibilidade permanente e cumulativa de conquistar espaços no interior da esfera pública, invertendo paulatinamente a correlação de forças, fazendo com que os conhecimentos, as informações, os movimentos contraditórios, as relações sociais, sejam potencializados como instrumentos político/administrativos para a realização de seu propósitos. Ou seja, utilizar as estruturas do poder para criar uma contra ordem social, para gerar novas iniciativas de construção das condições de sua própria liberdade. (COUTINHO, 1989, p. 22).

Sabe-se que este é um processo lento e contínuo, mas que já passou da hora de começar a ganhar corpo. As violações de direitos, frutos das omissões, sobretudo institucionais, e neste ponto, diretamente ligadas, a frágil e incipiente atuação dos Conselhos, avançam a passos largos e requerem uma nova forma de atuação social, que não fique concentrada em um ou poucos Órgãos ou atores dos sistemas de garantia de direitos, mas que este funcione efetivamente, traduzindo-se em reais e concretas políticas públicas que sejam também eficazes.

Assim, urge ampliar a participação popular para a promoção dos direitos da infância e da juventude, pois esta é direito e dever. O debate público com valores de cidadania. A mobilização social, inclinando o pêndulo para a direção da proteção integral, integra um conjunto de ações que visa ver, entender e agir diante das demandas postas.

Urgente investir em capacitação e formação continuada que desenvolva capacidade de tomar decisões, de interlocução, de expressar e defender propostas, de negociar, de articular.

Necessária a disponibilização e acesso a informações que leve à reflexão propositiva, e à fuga da tendência de querer obter "fórmulas mágicas", fruto do imediatismo. Preciso substituir a cultura do "aqui e agora" pelo planejamento com metas a curto, médio e longo prazo, calcadas em base diagnóstica. Investir na formação de comissões temáticas, paritárias, para tratar de assuntos específicos, tais como comissão de política de atendimento, de fundo municipal, de apoio aos conselhos tutelares, de registro e inscrição de entidades e programas de atendimento, de comunicação e divulgação dos trabalhos e da própria elaboração da política municipal de proteção integral a crianças e adolescentes.

São múltiplos os desafios. Os Conselhos hão de caminhar no rumo para superá-los e precisam contar com o apoio de outras instituições, tradicionalmente vocacionadas à democracia, neste enfrentamento, como é o caso do Ministério Público.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional e que tem entre suas atribuições a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Incumbido de zelar pelo efetivo respeito

pelos poderes públicos, serviços de relevância pública e aos direitos assegurados na Constituição.

Assim, cabe ao Ministério Público agir na defesa dos interesses sociais como aqueles relativos à saúde, educação, assistência social, segurança pública e infância e juventude, por exemplo.

Deve atuar, portanto, como fiscal da lei, adotando as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis para a implantação dos conselhos municipais de direitos da criança e do adolescente, obrigatórios, segundo a legislação pátria, mas também como agente de transformação social, como indutor e incentivador da implantação daqueles que a lei faculta, mas que são necessários à garantia de efetividade dos direitos sociais desse segmento.

Igualmente, deve zelar pelo funcionamento adequado e efetivo dos conselhos municipais de direitos da criança e do adolescente, gestores de políticas públicas.

Sob o mesmo prisma, compete à Instituição atuar na defesa do patrimônio público e social e da probidade administrativa, e neste tocante acompanhar a atuação dos conselhos municipais no tocante a fiscalização das verbas públicas destinadas aos Municípios quer pela União, quer pelos Estados e, ainda, dos próprios orçamentos municipais, para a efetivação das políticas públicas específicas, uma vez que as leis preveem que tais verbas só poderão ser repassadas se os conselhos e fundos existirem e se os municípios tiverem os planos municipais de políticas públicas em cada uma das áreas.

Desenvolver democracia é tarefa plural e já não pode mais esperar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o exposto, descortinado o panorama atual que permitiu verificar a forma como os Conselheiros de Direitos da Criança e do Adolescente estão atuando nos municípios paraenses, reveladas as principais dificuldades e fragilidades que perpassam tal caminho, restou cumprido o principal objetivo do presente trabalho- analisar a efetividade do Controle Social através das ações dos referidos Conselhos.

O Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, previsto no artigo 88, II da Lei n° 8.069/90, figura como um dos mais importantes conselhos municipais, dada a área em que atua (criança e adolescente) constituir-se em prioridade absoluta constitucional, inclusive para a destinação privilegiada de recursos e preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas, nos moldes preconizados no parágrafo único do artigo 4°, do mesmo diploma legal, embora não conte com o recebimento de verba específica vinculada para operacionalizar a política de atendimento à criança e ao adolescente.

Tais conselhos são frutos do anseio de forjar social de possuir espaços públicos reais para o exercício da democracia participativa.

Ao verificar a atuação nos municípios de nosso Estado restou constatada a importância de suas existências, como espaços privilegiados de discussão e debate, onde os sujeitos sociais apontam suas necessidades, por ordem de prioridade, para transformá-las em propostas a serem incluídas na agenda das políticas públicas locais.

Segundo o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) os conselheiros têm responsabilidade de construir uma Política Municipal de Proteção Integral para crianças e adolescentes. Tarefa que requer conhecimento da realidade vivida pela população infanto-juvenil através de debates, encontros, deliberações, construção de consensos, prioridades e decisões majoritárias direcionadas a proteção de crianças e adolescentes (BRASIL, 2007).

No correr do presente texto constatou-se que a viabilidade e efetividade da atuação dos Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, com vistas à concretização do Controle Social dependem de inúmeros fatores que foram destacados, procurando apontar que tais desafios precisam ser superados, devendo constituir-se preocupação constante dos atores sociais e de instituições como o Ministério Público.

Apesar do panorama contemporâneo da atuação dos Conselhos de Direitos traçados ao norte, constituir grave preocupação e contribuir para a formação do mito da descrença que ronda a atuação do colegiado, que hoje, da forma como vem atuando não corresponde às expectativas sociais quanto à deliberação e implementação de políticas públicas efetivas em prol da criança e do adolescente, tal não pode consistir em uma fonte de desânimo para aqueles que ainda esperam e anseiam (para breve) ver a sociedade dividindo com o poder público a responsabilidade pela gestão do ambiente social, em igualdade de armas e deliberação.

Os pontos elencados são fruto de constatações e devem levar à reflexão e à construção de estratégias para enfrentar o que fragiliza e aprisiona o exercício do controle social, com vistas ao seu fortalecimento.

Tais estratégias passam pelo cumprimento das principais funções dos Conselheiros, que precisam estar qualificados e capacitados para cumpri-las: Representação; Promoção de Gestão Interna; Defesa da Autonomia do Conselho; Articulação das Políticas e integração das ações com outros conselhos; Ter postura ética e de defesa dos interesses públicos e coletivos; Prestar constas à sociedade e ao Estado, garantindo a informação e divulgação das discussões e deliberações do Conselho; Estabelecendo canais permanentes de diálogo com a Comunidade e Fortalecendo os espaços de articulação da sociedade civil.

Há necessidade de superar desafios para uma atuação eficaz e produtiva. Estes são grandes, mas é possível construir uma sociedade assentada em bases mais democráticas, com participação ativa dos cidadãos nas deliberações das políticas públicas.

Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente atuantes e qualificados, conhecedores do seu mister e sabendo como colocar em prática suas potencialidades são mais uma alternativa para a construção de políticas públicas justas

e efetivas, que levarão à diminuição das demandas judiciais, da intervenção excessiva do Ministério Público e à redução das desigualdades sociais e graves violações de direitos infanto-juvenis.

Superar desafios para fortalecer o controle social, eis a porta larga e aberta para a instituição de políticas públicas concretas e efetivas.

ABSTRACT: The text is limited to presenting the Municipal Council for the Rights of Children and Adolescents from the perspective of the challenges to the achievement of social control, focusing on reality calculated in Municipalities Paraenses. The objective is to conduct a content analysis provided critical-albeit brief-backed in data collection, using quantitative and qualitative methodology. Attempts a contemporary scene, in that shows the difficulties and points of weaknesses that constitute obstacles to their development. Dare also identify alternatives for overcoming the multiple challenges. Argues, finally, the strengthening of social control which, in the form of Municipal Councils acting Rights, contribute to the realization of truly effective public policies in favor of children and adolescents Pará.

KEY-WORDS: Child and adolescent. Municipal Councils of Rights. Challenges. Social Control. Public Policy.

REFERÊNCIAS

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselho de Direitos e Formulação de Políticas Públicas. Pólis- Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais.

BRASIL. Política Nacional de Assistência Social. Brasília, 2004.

_____. Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho tutelar: orientações para criação e funcionamento / Secretaria Especial dos Direitos Humanos - Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente -CONANDA, 2007.

_____. Pesquisa Conhecendo a Realidade/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos - Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente -CONANDA, 2007.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1998). Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2012.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente/ Secretaria Espacial dos Direitos Humanos. Brasil; Ministério da Educação, Assessoria de Comunicação - Brasília: MEC, ACS, 2012.

CAMPOS, Edvaldo Bernardino. MACIEL, Carlos Alberto Batista. Conselhos Paritários: o enigma da participação e da construção democrática. In: Revista Serviço Social e Sociedade, n° 55. São Paulo: Cortez: 1997.

COUTINHO, Carlos Nelson. Polêmicas filosóficas do século XX. São Paulo: Mimeo, 1999.

DEMO, Pedro. Participação é conquista: noções de política social. 5 edição, São Paulo, Cortez, 2001.

FALEIROS, Vicente de Paula; PRANKE, Charles, (Organizadores). Estatuto da Criança e do Adolescente - Uma década de direitos - avaliando resultados e projetando o futuro. Campo Grande: Editora da UFMS, 2001.

LIBERATI, Wilson D. & CYRINO, Públio Caio B. Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
MESZAROS, István. Beyond Capital. Londres: Merlin Press, 1995.

RAICHELIS, Raquel, Raquel. Articulação entre os conselhos de políticas públicas: uma pauta a ser enfrentada. Revista Serviço Social e Sociedade, São Paulo: Cortez, n.85, 2006.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos; AZEVEDO, Sergio de; RIBEIRO, Luiz César de Queiroz (Orgs). Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais do Brasil. In SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos; AZEVEDO, Sergio de; RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. Governança Democrática e Poder Local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, Fase 2004.

VILELA, Maria Diogenilda de Almeida. Legislação que disciplina os Conselhos de Políticas Públicas tanto na esfera federal quanto nas esferas estaduais e municipais. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2005.

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Paulo Mauricio Sales Cardoso[1]

RESUMO: A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é um problema ainda em aberto, com diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais não raras vezes contraditórios. A posição dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional do Estado é um fator determinante para elucidar a questão.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Relações privadas. Eficácia dos direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Eficácia direta. Direitos públicos subjetivos. Modelo de três níveis. Ponderação. Relações de precedência condicionada. Antinomias envolvendo direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS. 3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. 3.1 **A eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais**. 3.2 **A eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais**. 3.3 **A vinculação do Estado aos direitos fundamentais enquanto direitos públicos subjetivos**. 3.4 **O modelo de três níveis de Alexy**. 3.5 **A relação de precedência *prima facie* de Steinmetz**. 3.6 **A dignidade da pessoa humana como fundamento da República e as normas de direitos fundamentais enquanto partes integrantes do "bloco de constitucionalidade"**. 4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 4.1 **Antinomia envolvendo direitos individuais de natureza pessoal e autonomia da vontade**. 4.2 **Antinomia envolvendo direito social de conteúdo patrimonial e autonomia da vontade**. 4.3 **Antinomia envolvendo direito individual de natureza pessoal e direito individual de natureza coletiva**. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

[1] Possui graduação em Administração Postal pela Escola Superior de Administração Postal (1981), graduação em Direito pelo Centro de Estudos Superiores do Estado do Pará (1986) e mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2000). Atualmente é Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Pará e Professor Adjunto da Universidade da Amazônia.

1 INTRODUÇÃO

A eficácia dos direitos fundamentais é um dos problemas de maior complexidade da ciência jurídica na atualidade. Quando a questão se refere à eficácia destes nas relações privadas, a discussão é ainda mais intensa.

Com efeito, falar em eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, importa em questionar a primazia da autonomia da vontade como fonte basilar do direito privado e garantia da não interferência estatal nos "negócios" das pessoas.

Dai o questionamento: A Constituição irradia seus valores e princípios sobre o direito privado? Se irradia, quais os limites deste fenômeno [constitucionaliação do direito privado]? E qual a eficácia daqueles [valores e princípios constitucionais] sobre as relações entre as pessoas de direito privado?

O presente ensaio tem a pretensão de adentrar, ainda que de maneira superficial, nos meandros desta tormentosa discussão, a partir dos estudos desenvolvidos por alguns dos principais juristas que se atreveram a dar uma fundamentação científica ao fenômeno.

Além da doutrina estrangeira, a pesquisa avançou sobre os juristas nacionais e sobre a ainda insipiente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), na tentativa de apresentar um caminho, um pouco menos tortuoso e inseguro, aos que se enveredam pelos emaranhados e, não raras vezes, contraditórios caminhos da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais nasceram com o objetivo de salvaguardar os interesses das pessoas de direito privado contra os arbítrios do Estado e de seus representantes. Uma tutela, portanto, de direito público, um não fazer do Estado em face de seus súditos.

As relações privadas, por seu turno, tiveram gênese no princípio da liberdade, garantidor da autonomia da vontade nas relações humanas. Sua base jurídica é o direito privado, em que a interferência estatal é limitada pelas leis.

Com o desenvolvimento do constitucionalismo, a Constituição [suprema, normativa] passou a constituir o ápice de todo o ordenamento jurídico e seus dispositivos impositivos para o Poder Público [princípio da legalidade] e com repercussões também sobre as relações tipicamente privadas [irradiação dos valores e princípios constitucionais].

Nesse contexto, os direitos fundamentais, enquanto normas constitucionais fundadas na dignidade da pessoa humana, tem eficácia não apenas nas relações público-privadas, mas, também, ainda que de forma relativa, nas relações entre pessoas de direito privado.

3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Muito bem. A dignidade da pessoa humana é um valor. E como tal se densifica enquanto princípio constitucional irradiando seus efeitos sobre o ordenamento jurídico. Logo, é norma. Mas não é regra. Fundamenta feixes de regras jurídicas que enunciam direitos e prescrevem garantias do exercício desses direitos.

É importante, no mundo dos fatos, para identificar a natureza jurídica dos interesses contrapostos e concretizar o valor (ideal) de justiça. Não deve e não pode, entretanto, ser utilizada fora de seu efetivo raio de ação, sob pena de gerar soluções potencialmente injustas e macular sua própria essência.

Destarte, a dignidade da pessoa humana é o vetor de otimização dos direitos fundamentais, com validade e eficácia extraída da própria Constituição. A partir desta premissa, é válido asseverar que os direitos fundamentais se irradiam sobre as relações sociais e passam a fundar as soluções jurídicas de casos de maior complexidade, inclusive nas relações tipicamente privadas, especialmente quando a subsunção à lei e a supremacia constitucional por si só não forem suficientes para justificar a solução considerada justa. Como fazê-lo?

3.1 A eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi fortemente influenciada pela doutrina de DÜRIG[2] acerca da irradiação dos valores e princípios constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico.

A ideia central do modelo intuído por Dürig é de que o arcabouço valorativo sustentador do catálogo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, especialmente sob a ótica da dignidade da pessoa humana, é um vetor para a atuação concreta do intérprete, tanto a nível de produção normativa como de aplicação do direito.

[2] (...) O aqui essencial e, agora, que desse sistema de pretensão, precisamente para satisfazer os princípios de constituição supremos de nosso direito total, justamente faz parte também o direito de dispor juridicamente autonomamente sobre relações de vida individuais. Isso, porém, significa lógico-juridicamente que na direção de *terceiros* o 'efeito absoluto' dos direitos fundamentais é relativizado por um direito fundamental em favor da autonomia individual e da responsabilidade própria. O tráfego jurídico de privados uns com os outros está sujeito, por isso, justamente por causa da constituição, a direto especial (exatamente, 'direito privado') – e precisamente também no direito de defesa de ataques de privados a direitos de outros (à medida que, no fundo, o direito penal não intervém). Os *meios* normativos para a defesa de ataques da direção de terceiros (...) são suas *cláusulas gerais suscetíveis de preenchimento de valores e carentes de preenchimento de valores*. O caminho pela sua aplicação salvaguarda, por um lado, a *autonomia do direito privado*, tornada necessária *lógico-jurídica* e *sistemático-juridicamente* depois de reconhecimento jurídico-fundamental da liberdade de disposição privada no tráfego jurídico de terceiros e salvaguarda, por outro, a *unidade do direito total*, naturalmente necessária, *na moral jurídica*. (DÜRIG, NIPPERDEY e SCHWABE: 2012, p. 25)

ALEXY[3], ao discorrer sobre o tema, identificou a essência do que denominou "teoria de efeitos indiretos perante terceiros" desenvolvida a partir dos estudos de Dürig, "os direitos fundamentais, enquanto *princípios objetivos* (...) influenciam a interpretação do direito privado".

A Constituição, assim, é vista como uma ordem de valores, a projetar sua eficácia sobre os direitos fundamentais via dúplice dimensão: a subjetiva e a objetiva. Na dimensão subjetiva, tais direitos são voltados para o indivíduo, um manto protetor deste em face do Estado, a limitar o arbítrio dos agentes dele para com as pessoas. Na objetiva, representam um sistema axiológico que influencia todo o ordenamento jurídico, vinculando não somente os Poderes do Estado, mas os Poderes Civis que, mesmo nas relações tipicamente privadas, estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais da parte mais fragilizada em dada relação jurídica; uma autêntica prevalência da tutela igualitária.

Há, para Dürig, um complexo de vasos comunicantes entre a constituição [valores, princípios] e os diversos ramos do ordenamento jurídico infraconstitucional, a repassar a força normativa dela a todos os ramos do direito, inclusive o direito privado. Seriam as cláusulas gerais, abertas, cujo sentido poderia ser preenchido valorativamente pelo intérprete quando da solução do caso concreto.

SILVA[4] consolidou as críticas ao modelo de efeitos indiretos em três pontos:

(1) entender o ordenamento jurídico como uma ordem objetiva de valores implicaria: a "indevida substituição dos juízos deônticos ('o que deve ser'), essenciais ao direito, por juízos axiológicos ('o que é bom')" (Jürgen Habermas); a "perda de clareza conceitual" eis que os "Valores concorrem por preferências, estão em constante tensão e, sobretudo, podem ser configurados de forma flexível, ameaçando a certeza do direito" (Konrad Hesse); e "uma tirania dos direitos fundamentais, que passariam a determinar toda a legislação e todas as relações jurídicas, das mais importantes às mais insignificantes" (Ernst Forsthoff e Carl Schmitt);

(2) insuficiência das cláusulas gerais para oferecer segurança jurídica eficaz nas relações tipicamente privadas (Claus-Wilhelm Canaris); e

[3] Segundo a teoria de efeitos indiretos perante terceiros, cujos principais representantes são Dürig e o Tribunal Constitucional Federal, os direitos fundamentais, enquanto 'decisões axiológicas', 'normas objetivas' ou 'valores constitucionais', ou seja, como *princípios objetivos* no sentido apresentado acima, influenciam a interpretação do direito privado. Essa influência deve ocorrer sobretudo na concretização das cláusulas gerais do direito privado; mas ela pode também manifestar-se em toda e qualquer interpretação de uma norma de direito privado e, em casos especiais, chega até a fundamentar decisões contra o teor literal da lei. Apesar da influência dos direitos fundamentais, as normas de direito privado devem permanecer como normas de direito privado, e os direitos e deveres no âmbito do direito privado. No que diz respeito à posição do juiz, o efeito irradiador deve fundamentar o dever de levar em consideração a influência dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, quando de sua interpretação. (ALEXY: 2008, p. 529).

[4] SILVA: 2008, p. 81-86.

(3) ameaça a autonomia do direito privado pela "dominação da jurisdição ordinária por parte do tribunal constitucional ou de uma corte suprema similar" (Stefan Oeter).

Destarte, no contexto do sistema de valores e princípios de Dürig, os direitos fundamentais têm eficácia tanto nas relações das pessoas com o Poder Público quanto nas relações estritamente privadas, tendo em vista a força normativa da constituição, porém, no último caso, com valor relativo.

É que nas relações entre particulares, não há como conferir caráter absoluto aos direitos fundamentais, eis que devem ser igualmente respeitados os demais direitos individuais também assegurados pela constituição [autonomia da vontade, liberdade para contratar, etc.].

3.2 A eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais

Foi a partir dos estudos de NIPPERDEY[5] que se desenvolveu a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais. O cerne da tese é de que certos princípios fundamentais se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico de forma direta, independentemente da existência ou não de "vasos comunicantes".

O ordenamento constitucional, neste contexto, também é entendido como uma ordem de valores que, a partir da força normativa da Constituição, irradia sua eficácia sobre o sistema jurídico, porém, de forma direta ou imediata. ALEXY[6] sintetizou o modelo ora

[5] As determinações, reunidas no título sobre os 'direitos fundamentais' têm um conteúdo muito distinto. Seu significado, tipo de efeito e intensidade do efeito devem ser examinados rigorosamente no caso particular. Algumas não concedem direitos fundamentais, mas têm dentro do catálogo de direitos fundamentais uma função complementadora para o estado de direito. Algumas são proposições programáticas (...) pelas quais, em concretização suficiente – o que antigamente frequentemente foi ignorado – leis futuras, promulgadas depois da entrada em vigor da lei fundamental, devem ser aferidas e examinadas em sua constitucionalidade, que, porém, não tocam direito antes vigente.

A maioria das determinações do catálogo de direitos fundamentais contém, ao contrário, direitos fundamentais autênticos (clássicos) Eles são direitos públicos subjetivos do particular perante o estado (...) que gozam de proteção jurídica judicial-administrativa (cláusulas gerais), assim como podem ser feitos valer, por fim, com o recurso constitucional (...) Nessa sua propriedade como direitos fundamentais no sentido de direitos públicos subjetivos eles não são determinados para o tráfego do direito privado.

Outras determinações, mencionadas no catálogo de direitos fundamentais, não contém não só direitos do particular perante o estado, mas garantem, além disso e simultaneamente, a instalação jurídica como tal, protegida legal-fundamentalmente diante de intervenções estatais concretas, como casamento e família, liberdade de indústria e comércio, propriedade e direito de herança (...) Essas determinações de direitos fundamentais têm, portanto, um caráter particular. Como direitos fundamentais clássicos, elas atuam contra prejuízos do particular pelo estado, como garantias de instituto, elas são vinculativas tanto para a dação de leis do estado como imediatamente para o tráfego do direito privado. (Ob. cit.: p. 57-59)

[6] Também a teoria de efeitos diretos perante terceiros, cujos principais representantes são Nipperdey e a 1ª Turma do Tribunal Federal do Trabalho, mantém-se fiel à concepção de que 'os direitos fundamentais, em sentido clássico e estrito, como direitos públicos subjetivos, dirigem-se somente contra o Estado. Da mesma forma que ocorre no caso da teoria de efeitos

apresentado a partir da premissa segundo a qual certos direitos fundamentais têm caráter objetivo e vinculante, impondo-se, inclusive, às relações privadas.

Para NIPPERDEY[7] a força normativa dos direitos fundamentais teria uma dúplice eficácia: (1) alguns destes direitos produziriam seus efeitos apenas nas relações público-privadas; e (2) outros, se irradiariam por todo o ordenamento jurídico e atingiriam as relações estritamente privadas.

SILVA[8] condensou as críticas à teoria da aplicabilidade direta em dois aspectos principais: (1) a imposição dos direitos fundamentais sobre as relações privadas colocaria em risco a própria sobrevivência da autonomia privada (Konrad Hesse); o autor, entretanto, ressalva que Nipperdey "a despeito de se referir aos *efeitos* absolutos dos direitos fundamentais, não propunha *direitos* absolutos, isto é, não-relativizáveis ou não-restringíveis"; e (2) a "perda da clareza conceitual do direito privado".

Certo é que, no contexto do sistema ora em análise, os direitos fundamentais têm plena eficácia nas relações públicas [entre o Poder Público e as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado]. Entretanto, determinados direitos fundamentais configuram direitos subjetivos incorporados ao patrimônio jurídico da cidadania e, assim, impositivos inclusive às relações privadas, independentemente na existência de vasos comunicantes ou pontes que os interliguem ao direito privado.

3.3 A vinculação do Estado aos direitos fundamentais enquanto direitos públicos subjetivos

SCHWABE[9] desenvolveu a tese da vinculação do Estado aos direitos fundamentais enquanto direitos públicos subjetivos. Para o citado autor, há direitos fundamentais de "*status negativus*" cuja aplicabilidade e eficácia transcendem as relações

---

indiretos, a influência das normas de direitos fundamentais no direito privado decorre da 'sua característica como direito constitucional objetivo e vinculante'. A diferença reside no fato de que não se sustenta que os princípios objetivos produzam efeitos na relação cidadão/cidadão por meio de uma influência na interpretação das normas de direito privado, mas porque deles 'fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos (...) Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ter um efeito absoluto. (Ob. cit.: p. 529-530)

7 Ob. cit.

8 Ob. cit.: p. 96-98.

9 Somente direitos de liberdade de *status negativus* [*status negativus*] (assim como o princípio da igualdade – *Gleichheitsatz*) podem desenvolver um efeito perante terceiros, seja qual for a sua espécie. Direitos dos *status activus* e *positivus* [*status ativo* e *positivo*], assim como garantias institucionais, são – para falar com a terminologia da tendência dominante – "puramente dirigidos ao estado". Os direitos fundamentais do *status negativus* [*status negativo*] podem ter eficácia também no domínio do direito privado (mas) somente contra intervenções (*Eingriffen*) (...)

A questão sobre segundo que critérios a extensão da eficácia dos direitos fundamentais no direito civil é de se determinar reside na borda dos temas deste trabalho, para o qual se cogitava de saber se e porque os direitos fundamentais vigem no direito privado. Em consequência disso, pode ser anotado que, em correspondência com o direito público, também aqui somente a

cidadão-Estado-cidadão, para alcançar também as relações tipicamente privadas [entre pessoas de direito privado].

Para Schwabe, em determinados casos, é possível a imposição dos direitos fundamentais às relações privadas como de responsabilidade do Estado, na medida em que o ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente constitui obra do próprio Estado, cabendo a este garanti-lo. É o que ressaltou ALEXY[10] ao discorrer sobre a tese ora exposta.

SILVA[11], por sua vez, destacou que a doutrina desenvolvida por Schwabe posicionou o Estado como garante e responsável último pelas consequências das violações a direitos fundamentais por particulares, eis que, em tal hipótese, "o Estado não agiu, infraconstitucionalmente, no sentido de" proteger a parte prejudicada pela ação lesiva de outrem.

---

ponderação de bens e interesses em vinculação com o princípio da necessidade (isto é, aplicação do meio mais moderado (*schonendesten Mitttels*) oferece-se como critério mais utilizável.

O princípio da igualdade assume uma posição especial. Tratamentos desiguais por particulares não provêm em rigorosamente tal modo do estado como prejuízos à liberdade. A eficácia imediata do artigo 3 da lei fundamental (alemã), por isso, não é ordenada forçosamente no direito civil. Mas também na opinião contrária deveria ser considerada a supressão do mandamento da igualdade de tratamento por meio de princípios, igualmente garantidos jurídico-fundamentalmente e aqui de valor mais elevado, da autonomia individual e da liberdade de resolução (*Entschliessungsfreiheit*). (Ob. cit.: p. 129-133)

[10] Schwabe defende a concepção de que o Estado, na medida em que cria e impõe um sistema de direito privado, participa das possíveis violações cometidas por um cidadão a bens de direitos fundamentais de outro cidadão. Essas violações, ainda que realizadas por particulares, teriam que ser consideradas como intervenções estatais. Assim, para a solução do problema dos efeitos perante terceiros seria suficiente a concepção dos direitos fundamentais como direitos do status negativo dirigidos contra o Estado. (Ob. cit.: p. 530-531)

[11] Schwabe reconstrói o problema das violações a direitos fundamentais nas relações entre particulares da seguinte forma: se um particular, no exercício de um direito fundamental, viola o direito fundamental de outro particular e a ação do primeiro não era disciplinada em legislação infraconstitucional, sua ação violadora deve ser encarada como permitida pelo Estado. Em conseqüência, como aquele que teve seu direito violado não dispõe de instrumentos para se defender – já que o Estado não agiu, infraconstitucionalmente, no sentido de protegê-lo – a responsabilidade pela violação deve ser imputada ao Estado e não ao particular violador.

Schwabe fundamenta tal reconstrução com argumentos teóricos e dogmáticos. Em primeiro lugar, não haveria outra possibilidade de compreender o problema da violação de direitos fundamentais nas relações entre particulares porque, conceitualmente, é impossível que um particular viole o direito fundamental de outro. Além disso, ou seja, dessa impossibilidade conceitual, ao particular violador não poderia ser imputada nenhuma responsabilidade por um ato que não lhe é legalmente vedado. Deve ser imputada ao Estado, portanto, devido à sua omissão ao não criar nenhuma proibição legal contra o ato particular violador, a responsabilidade por esse ato.

Ações privadas que firam direitos fundamentais, portanto, somente podem ser imputadas ao próprio particular se o Estado, no exercício de seu poder de legislar, tiver disciplinado a questão. Nesses casos, a licitude da ação privada é facilmente verificável com base nos dispositivos legais. Em todos os outros casos, a responsabilidade será estatal, ainda que o ato seja particular. (ob. cit: p. 104-105)

Após analisar criticamente o modelo desenvolvido por Schwabe, concluiu SILVA[12] que este tem falhas. "A maior delas e, sem dúvida, a artificialidade na 'canalização' de condutas estritamente privadas ao Estado" pela via "de uma imputação de responsabilidade". Tal artificialidade "se manifesta na pressuposição de que todos os efeitos de todas as ações não proibidas pelo Estado devem ser imputados ao próprio Estado (...) pois o simples fato de que uma ação privada não é vedada não significa que o Estado dela *participa* ou que seja possível *imputar* essa ação a ele".

Destarte, a tese ora apresentada busca manter sob o manto protetor estatal a preservação dos direitos fundamentais, seja nas relações públicas, seja nas relações tipicamente privadas. Assim, para Schwabe, os direitos fundamentais que se caracterizam como direitos subjetivos aplicáveis às relações privadas, uma vez violados, as consequências devem ser imputadas ao particular, enquanto violador, na forma e nos limites da legislação ordinária; na inexistência dela, não há que falar em responsabilidade do particular, mas do Estado que deixou de agir, como era de sua competência, para garantir a aplicabilidade e a eficácia do direito constitucionalmente previsto.

3.4 O modelo de três níveis de Alexy

Ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais, ALEXY[13] também partiu da existência fática de dois grupamentos distintos: um direcionado exclusivamente às relações públicas, outro aplicável também às relações tipicamente privadas. Para estes últimos, fez uma mesclagem dos estudos de Dürig, Nipperdey e Schwabe e desenvolveu o modelo de três níveis, em que realçou: (1) o dever estatal; (2) os direitos em face do Estado; e (3) as relações jurídicas entre os sujeitos privados.

No primeiro nível[14], destacou o dever do Estado de garantir, ainda que de forma não absoluta, os direitos fundamentais, enquanto "ordem objetiva de valores". No segundo[15], afirmou os direitos fundamentais "relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros", o dever estatal de considerar tais direitos quando da análise de

---

[12] Ob. cit.: p. 105-106.

[13] Até agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Essa hipótese é falsa. É possível afirmar que cada uma das três construções destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros (...)

O modelo é composto por três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados. Entre esses níveis não há uma relação de grau, mas de mútua implicação. (Ob. cit.: p. 533)

[14] A teoria dos efeitos indiretos situa-se no nível do dever estatal. O fato de as normas de direitos fundamentais valerem como princípios objetivos (ordem objetiva de valores) para todos os ramos do direito implica que o Estado tem o dever de levá-las em consideração tanto na legislação civil quanto na jurisprudência civil (...) (Ob. cit.: p. 533)

[15] O segundo nível é o dos direitos em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros. O dever que o juiz tem de levar em consideração a ordem de valores dos direitos fundamentais, quando da interpretação e aplicação das normas de direito civil, não implica, por si só, que ele, se agir contra esse dever, viole os direitos fundamentais, na forma de direitos subjetivos. Mas, para que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o

conflitos intersubjetivos de interesses na órbita privada. E no terceiro[16], conferiu realce aos "efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos privados", o que são e o que significam.

Na visão de Alexy, portanto, não há um método "correto" que implique necessariamente em considerar os demais "errados". É que a eficácia dos direitos fundamentais é um caminho por vezes [especialmente nos casos de maior complexidade] tortuoso, escorregadio e traiçoeiro, a exigir do intérprete uma argumentação que evite "incompreensões e simplificações" e que apresente "coerência dogmática". Com efeito, a complexidade das relações humanas [seja no âmbito do direito público, seja no privado] gera conflitos de interesses que não podem ser resolvidos exclusivamente pela subsunção do fato à norma. Nesse contexto, a jurisprudência dos valores, mediante a técnica da ponderação, é um instrumento que, se bem aplicado, pode resultar em decisões que melhor revelem o ideal de justiça.

3.5 A relação de precedência *prima facie* de Steinmetz

STEINMETZ[17], desenvolveu um interessante estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no ordenamento constitucional brasileiro, com fundamento na lei de colisão deduzida por Alexy a partir da teoria da relação de precedência condicionada.

Após seguir as premissas básicas do processo (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), relacionou os pontos centrais da questão: "a interpretação preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira";

efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no direito privado seja consistente, é necessário que uma tal conexão exista (...) (Ob. cit.: p. 534)

[16] O terceiro nível do modelo diz respeito aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos privados. Isso suscita o problema de um efeito direto perante terceiros (...) é necessário indagar o que se deve entender por efeitos diretos (...) o que significam efeitos diretos perante terceiros (...) por razões ligadas aos direitos fundamentais, há determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades e competências e não-competências na relação cidadão/cidadão, os quais não existiriam sem essas razões. Se se define o conceito de efeitos diretos dessa forma, então, efeitos diretos decorrem tanto da teoria dos efeitos indiretos quanto da teoria dos efeitos mediados pelo Estado (...)

Isso faz com que seja necessário indagar se alguém que viola um direito de outra pessoa – sustentado por razões de direitos fundamentais e oponível contra si – viola também um direito fundamental dessa pessoa. Por exemplo: no caso Blinkfüer, a Editora Springer violou o direito fundamental à liberdade de imprensa do editor da revista *Blinkfüer*? A resposta depende de uma definição terminológica. É possível dizer que foi violado um direito privado constitucionalmente necessário; mas também é possível dizer que o direito violado, por ser exigido pelo direito fundamental, pertence a um conjunto plurifacetado que constitui o direito fundamental completo e que, se uma parte do conjunto é violado, é violado *o* 'direito fundamental'. A primeira forma tem a vantagem de evitar diversas incompreensões e simplificações que podem estar associadas à concepção de violação de um direito fundamental por meio de um particular. A segunda tem a vantagem de coerência dogmática. Talvez seja recomendável manter ambas as formas de expressão à disposição e, sempre que houver a possibilidade de incompreensões, explicar a segunda com o auxílio da primeira. (Ob. cit.: p. 538-542)

[17] SILVA (org.): 2010, p. 48-53.

"a interpretação segundo a qual os direitos fundamentais são concretizações mais específicas dos princípios da dignidade da pessoa, da liberdade e da igualdade"; "a distinção entre direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal e direitos fundamentais individuais de conteúdo patrimonial"; e "a distinção entre relações de igualdade e relações de desigualdade dos particulares".

Ao final propôs "quatro precedências (gerais) *prima facie*, havidas como dogmaticamente corretas, ao menos em princípio, para o âmbito dos direitos fundamentais individuais" no Brasil. São elas:

"Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada".

Duas pessoas físicas de mesmo nível econômico e intelectual, estão numa relação jurídica sem conteúdo patrimonial. Presentes, no caso, a igualdade fática entre os contratantes, ao lado do princípio da autonomia privada [liberdade de agir] e de direito fundamental individual de conteúdo pessoal [sem natureza patrimonial]. Nessa hipótese, uma antinomia entre os princípios deve ser resolvida pela prevalência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal.

"Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada".

Suponha que uma entidade civil agregue ao quadro social uma pessoa física e lhe imponha, como condição para dela participar, regras constantes do estatuto social. Estar-se-á diante a um quadro jurídico de desigualdade fática, em que estão presentes direitos individuais de conteúdo pessoal do associado [liberdade de associação, ampla defesa, etc.] e o princípio da autonomia privada [liberdade para contratar]. Em caso de antinomia entre os princípios, há uma prevalência *prima facie* dos direitos individuais de conteúdo pessoal.

"Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial".

Duas pessoas físicas de mesmo nível econômico e intelectual, formalizam uma avença sobre determinado bem com valor econômico. Presentes na relação jurídica a igualdade fática entre os contratantes, ao lado do princípio da autonomia privada [liberdade para contratar] e de direito fundamental individual de conteúdo patrimonial [propriedade]. Em tal hipótese, a antinomia deve ser resolvida pela prevalência *prima facie* do princípio da autonomia privada.

"Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada".

Suponha que uma entidade civil formalize contrato com pessoa física, de conteúdo econômico. Presentes, no caso, um quadro jurídico de desigualdade fática, direito individual de conteúdo patrimonial [propriedade] e o princípio da autonomia privada [liberdade para contratar]. Em caso de antinomia entre os princípios, há uma prevalência *prima facie* dos direitos individuais de conteúdo patrimonial.

Mas advertiu "que se trata de precedências (gerais) *prima facie*, e não de precedências definitivas". E, com prudência, destacou que "o afastamento ou a inversão dessas precedências *prima facie* nos casos concretos de colisão exigem a satisfação de um ônus de argumentação".

E assim o é. Aplicar os princípios de direitos fundamentais nas relações privadas fora dos estritos limites aos quais estão indissoluvelmente interligados, implica em banalizar o instituto da dignidade da pessoa humana. E banalizá-lo, ao invés de lhe conferir máxima efetividade, ao revés, o diminui, o restringe, o descaracteriza.

A medida de justiça, no campo da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, não pode e não deve ser atrelada, a qualquer custo e sob qualquer fundamento, a premissas rígidas e inflexíveis. Ao intérprete, especialmente o Estado-juiz, é defeso fazer uso das próprias razões, desnaturar o sistema jurídico, moldá-lo de acordo com um juízo de vontade discricionário, casuístico e atentatório ao Estado Democrático de Direito.

3.6 A dignidade da pessoa humana como fundamento da República e as normas de direitos fundamentais enquanto partes integrantes do "bloco de constitucionalidade"

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais configuram valores [constantes do preâmbulo da Constituição da República] e estão embasados no fundamento da dignidade da pessoa humana [inc. III, do art. 1º, da Carta Política brasileira].

Questão crucial para aferir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil, portanto, é a posição desses no ordenamento constitucional pátrio. A discussão envolve, além da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a alocação das normas de direitos fundamentais no chamado "bloco de constitucionalidade".

Pois bem. A dignidade da pessoa humana, conforme já referido, está inserta na Carta Política brasileira como fundamento da República. Com base nela, os direitos fundamentais se irradiam por sobre as relações jurídicas de direito privado. Daí que a dignidade da pessoa humana é uma ponte a interligar os direitos fundamentais constantes da Constituição da República às relações privadas.

Quanto aos direitos fundamentais que integram o texto da Constituição da República, na forma do exposto no § 2º do art. 5º dela, "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que

a República Federativa do Brasil seja parte". É a consagração, no direito brasileiro, do chamado "bloco de constitucionalidade" das leis, pelo qual as normas de direito fundamental não se exaurem no texto constitucional. Na doutrina de SARLET[18], trata-se de "cláusula que consagra a abertura material constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais".

E mais. Enquanto partes integrantes do "bloco de constitucionalidade", as normas de direitos fundamentais têm uma natureza jurídica de supralegalidade, estão numa posição hierárquica superior às leis na pirâmide normativa brasileira. Tal entendimento é reforçado pela dicção do § 3º do art. 5º da Carta Política brasileira que, ao dispor sobre tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos [normas de direitos fundamentais, portanto], lhes conferiu "*status*" de emendas constitucionais quando "aprovadas, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros".

Não se tratam, portanto, os direitos fundamentais, de mera irradiação da dignidade da pessoa humana e aplicáveis às relações privadas de forma indireta ou mediata. Tendo os citados direitos natureza de supralegalidade, por expressa previsão constitucional, quando aplicáveis às relações privadas, o são de forma direta e imediata.

4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF já se debruçou sobre relações jurídicas controvertidas na órbita privada, com alicerce em direitos fundamentais e, na oportunidade, reconheceu a eficácia deles para além do campo de atuação do direito público em face da supremacia da Constituição da República.

Ainda não houve, entretanto, com a devida *venia*, a adoção de nenhuma tese que, a partir da alocação constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e da posição dos direitos fundamentais na pirâmide normativa brasileira, delineasse com clareza os contornos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Os casos concretos a seguir expostos, buscam apresentar algumas dessas decisões, em que se observa a antinomia envolvendo direitos fundamentais em relações tipicamente privadas.

[18] A norma contida no § 2º do art. 5º da CF traduz o entendimento de que além dos direitos expressamente positivados no capítulo constitucional próprio (dos direitos e garantias fundamentais), existem direitos que, por seu conteúdo e significado, integram o sistema da Constituição, compondo, em outras palavras, na acepção originária do direito constitucional francês, o assim chamado bloco de constitucionalidade, que não se restringe necessariamente a um determinado texto ou mesmo conjunto de textos constitucionais, ou seja, não se reduz a uma concepção puramente formal de constituição e de direitos fundamentais. Assim, a despeito do caráter analítico do Título II da CF, onde estão contidos os direitos e garantias como tal designados pelo constituinte, cuida-se de uma enumeração não taxativa. O art. 5º, § 2º, da CF, representa, portanto, uma cláusula que consagra a abertura material constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais. (*in* LEONCY E OUTROS: 2013, p. 516-518)

4.1 Antinomia envolvendo direitos individuais de natureza pessoal e autonomia da vontade

O STF enfrentou conflitos intersubjetivos de interesse contrapondo, de um lado, os princípios da ampla defesa e do contraditório (direitos individuais de natureza pessoal), e, de outro lado, a liberdade de associação (autonomia da vontade). Vale aqui referir dois desses casos.

No primeiro, o associado de uma cooperativa foi expulso dos quadros sociais por decisão da Assembleia Geral da entidade, sem que fossem observadas as regras estatutárias que garantiam ao primeiro a ampla defesa. O STF[19] deliberou pela validade da citada regra à relação jurídica sob exame e garantiu "a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa". Em tal situação, direito individual de natureza pessoal [ampla defesa] foi espontaneamente assegurado aos associados por norma estatutária de entidade civil [autonomia da vontade]. Foi reconhecido pela Suprema Corte que os direitos fundamentais não se aplicam exclusivamente à esfera pública.

No segundo, o STF[20] reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações privadas. Foi quando do julgamento de um recurso extraordinário em

[19] EMENTA: DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158215/RS. 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. em 30/4/1996. DJ de 7/6/1996)

[20] EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e,

que o sócio de uma entidade civil sem fins lucrativos, excluído sumariamente dos quadros sociais da entidade com fundamento em norma estatutária interna, recorreu à Suprema Corte e pleiteou a nulidade do ato por ter sido fundamentado em norma que violou de forma direta os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Não havia norma regimental garantindo tal direito. No caso, os direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira [contraditório e ampla defesa] foram dela irradiados, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana [cláusula aberta], para fundamentar a solução jurídica de um conflito de interesses na esfera privada, reconhecendo, assim, a prevalência de direitos fundamentais individuais de natureza pessoal ante o princípio da autonomia da vontade, em uma relação contratual entre particulares em situação de desigualdade fática[21].

4.2 Antinomia envolvendo direito social de conteúdo patrimonial e autonomia da vontade

Também foi apreciado pelo STF[22] processo em que se discutiu a aplicabilidade dos direitos do trabalhador estabelecidos no estatuto interno de entidade empresarial

em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). (RE 201819/RJ. 2ª T. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Julg. em 11/10/2005. DJ de 27/10/2006)

[21] Precedência *prima facie* (2) de Steinmetz.

[22] EMENTA: EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA:

estrangeira [operando no Brasil] apenas em favor de seus nacionais, a empregado brasileiro. Foi reconhecida a validade da norma mais benéfica ao brasileiro com fundamento no princípio da igualdade.

Pois bem. Nesse conflito, uma regra regimental de conteúdo patrimonial mais benéfica que o direito social garantido pela Constituição brasileira foi estendida ao trabalhador brasileiro de empresa estrangeira operando no Brasil, embora não constasse do contrato de trabalho por ele livremente pactuado [autonomia da vontade], a partir do princípio da igualdade [cláusula aberta]. A solução jurídica, no caso [uma relação privada], ampliou a eficácia de direito social de conteúdo patrimonial em aparente confronto com o princípio da autonomia da vontade, em uma relação contratual entre particulares em situação de desigualdade fática.

4.3 **Antinomia envolvendo direito individual de natureza pessoal e direito individual de natureza coletiva**

Outra complexa antinomia enfrentada pelo STF foi o choque aparente entre o resguardo à privacidade e a liberdade de imprensa. Foram selecionados dois julgados.

No primeiro, um jornal de grande circulação, em sede de reclamação constitucional, alegou ofensa à autoridade da decisão da Suprema Corte [que reconheceu a liberdade de imprensa enquanto preceito constitucional quando do julgamento da ADPF nº 130] por parte de juízo inferior que concedeu liminar proibindo a divulgação na imprensa de dados relativos à pessoa física, com fundamento na inviolabilidade dos direitos da personalidade na ordem constitucional brasileira, em especial a privacidade. Após ponderar os interesses conflitantes, o STF[23] deliberou pela improcedência do

ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE 161243/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. Julg. em 29/10/1996. DJ de 19/12/1997)

[23] EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção

pleito, assegurando, no caso, a prevalência do direito individual de natureza pessoal [privacidade] ante direito individual de natureza coletiva [liberdade de imprensa].

No segundo, litigaram jornalista [defendendo a liberdade de imprensa] e pessoa física no exercício de função pública [argumentando a ocorrência de abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento]. O STF[24] analisou as circunstâncias do

de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. (RCL 9428/DF. Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julg. em 10/12/2009. DJ de 24/6/2010.

[24] EMENTA: LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - DIREITO DE CRÍTICA - PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER - AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO "ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI" - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA – DOUTRINA - JORNALISTA QUE FOI CONDENADO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS - INSUBSISTÊNCIA, NO CASO, DESSA CONDENAÇÃO CIVIL - IMPROCEDÊNCIA DA "AÇÃO INDENIZATÓRIA" – VERBA HONORÁRIA FIXADA EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE, UNICAMENTE NO QUE SE REFERE AOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. - Mostra-se incompatível com o pluralismo de idéias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado –

caso concreto e, diversamente do que ocorrera no processo anteriormente exposto, deliberou pela prevalência do direito individual de natureza coletiva [liberdade de imprensa].

5 CONCLUSÃO

A titulo de conclusão, urge responder as indagações ao norte apresentadas acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

De início, é válido asseverar que o estágio de desenvolvimento do constitucionalismo na modernidade, consolidou o entendimento segundo o qual a constituição incide diretamente sobre o direito público e irradia seus valores e princípios sobre o direito privado. É a consagração da supremacia e da normatividade da constituição dos Estados democráticos de direito. O denominado fenômeno da constitucionalização do direito.

Se essa premissa é verdadeira, mister reconhecer que os direitos fundamentais [enquanto normas constitucionais] são impositivas às relações de direito público e, pela via da irradiação, aplicáveis às relações privadas [fenômeno da constitucionalização do direito privado].

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas depende da posição destes no ordenamento jurídico de cada Estado. Em princípio, portanto, entre as diversas teorias que procuram explicar o fenômeno, não há uma certa que implique necessariamente que as demais estejam erradas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República e base principiológica do rol dos direitos fundamentais. Trata-se, assim, de princípio constitucional que irradia seus efeitos sobre todos os ramos do direito, inclusive o direito privado.

Ademais, os direitos fundamentais, conforme expressamente previsto na Constituição da República, configuram parte integrante do "bloco de constitucionalidade", com natureza de supralegalidade e, em função disso, alocados na pirâmide normativa brasileira acima das leis.

A jurisprudência do STF já reconheceu que os direitos fundamentais são aplicáveis às relações privadas, em que pese não ter ainda assumido um posicionamento claro sobre os contornos e os limites dessa eficácia.

Por fim, vale referir da retro exposta doutrina de Alexy e Steinmetz a advertência de que a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas deve respeitar os limites traçados pelo ordenamento jurídico, sob pena de desnatura-los ou mesmo banaliza-los.

---

inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). (AI 705630 AgR/SC. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. em 22/3/2011. DJe de 5/4/2011)

Destarte, a solução dos conflitos intersubjetivos de interesses entre particulares no campo dos direitos fundamentais deve respeitar a lógica do sistema jurídico [supremacia da constituição, presunção de constitucionalidade das leis, subsunção do fato à norma aplicável, etc.]. Somente no caso de antinomias entre direitos fundamentais [normas de igual hierarquia e eficácia], é admissível a ponderação como forma de solucionar a controvérsia.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Fundacion Beneficentia et peritia iuris, 2004.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA FILHO, Agassiz,e MELGARÉ, Plínio (Orgs.). *Dignidade da pessoa humana*: Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____, MATTEUCCI, Nicola, e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política I*. Trad. de Carmen C. Varriale et al. Coord. trad. João Ferreira, Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BROTERO, José Maria de Avellar (Um ex-magistrado). *A Philosophia do Direito Constitucional*. São Paulo: Silva Sobral, 1842.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *"Brancosos" e Interconstitucionalidade*: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da constituição*: Da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Aplicado*: Viver a constituição, a cidadania e os direitos humanos. Lisboa: Quid Juris, 2007.

_____. *Filosofia e Constituição*. Simbolismo das Origens. A Lição de Brotero, "in" SelectedWorks of Paulo Ferreira da Cunha. Disponível em: <http://works.bepress.com/pfc/>. Acesso em: 29/12/2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri, e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (org.). *Vom bonner grundgesetz sur gezamtdeustschen verfassung*: festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky. Munique: Isar, 1956.

_____, NIPPERDEY, Hans Karl e SCHWABE, Jürgen. *Direitos Fundamentais e o Direito Privado*: Textos clássicos. Org. e rev. Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

FARIA, José Eduardo. Entre a rigidez e a mudança "in" *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: RBDC, nº 2, jul./dez. 2003.

FAVOREU, Louis Joseph. La Constitucionalizacion del Derecho "in" *Revista de Derecho*, vol. XII, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. Norma e valor no constitucionalismo "in" *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: RBDC, nº 7, vol. 2, jan/jun. 2006.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

JOÃO XXIII, Papa. *Carta Encíclica "Pace in Terris"*. Disponível em: <vatican.va/ holy_ father/john_xxi/encycilcals/documents/hf_j-xxienc_11041963_pacem_po.html>. Acesso em: 18/4/2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEONCY, Léo Ferreira, e Outros (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais dos direitos humanos e interpretação constitucional, "in" *Revista Internacional de Direitos Humanos* nº 18. São Paulo: 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NIPPERDEY, Hans Carl. "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", "in" Karl A. Bettermann e Hans C. Nipperdey (Orgs.). *Die Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1962.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: Doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Publico Brazileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C., 1857.

PINTO FERREIRA. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. Vol. I. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

PRÉLOT, Marcel. *Précis de droit constitutionnel*. 2ª ed. Paris, 1952.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed., 3ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

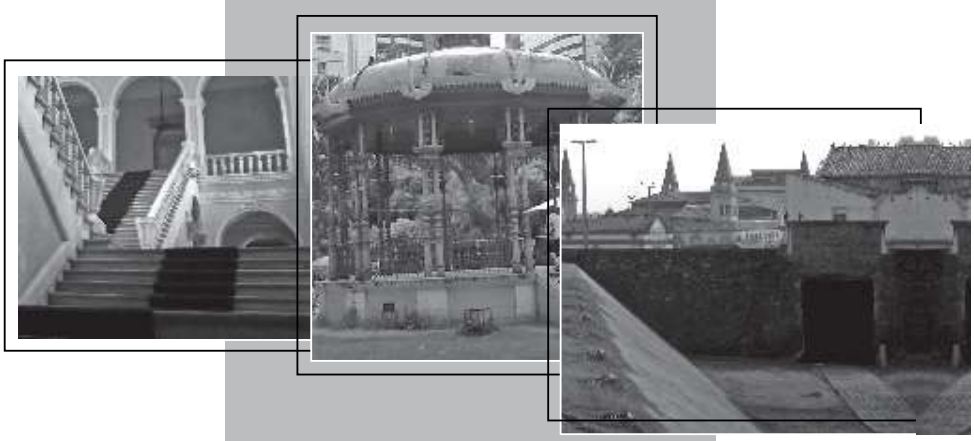
_____ (org.). *Interpretação constitucional*. 1ª ed, 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Vocabulário Jurídico*. Tomo I. Col. Clássicos do direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1983.

VILEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Pareceres



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DO IDOSO E DE ATUAÇÃO CÍVEL E CRIMINAL DE MARITUBA 2º PROMOTOR DE JUSTIÇA[1]

RESUMO: Agravo de Instrumento contra decisão que indeferiu pedido de tutela por ter o juízo a quo entendido que há necessidade de prévia consulta ao Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde (CIRADS)[2] para que o poder judiciário possa apreciar a matéria.

RAZÕES DO AGRAVO[3]

> Constituição Federal de 1988:
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (Art. 5º)
> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
>
> Estatuto do Idoso:
> Art. 2o O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

---

[1] Agravo de Instrumento elaborado pelo Promotor de Justiça do Estado do Pará Paulo Ricardo de Souza Bezerra.

[2] A seção de pareceres da Revista do Ministério Público do Estado do Pará traz, excepcionalmente, um agravo de instrumento dada a relevância da matéria nele discutida. Os autos originais referem-se ao Processo nº 0012.134-62.2015.814.0133, ação civil pública com pedido de liminar, em trâmite na 1ª Vara de Marituba. No e. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, o recurso de agravo foi autuado sob o nº 0014807-39.2015.814.0133, e obteve decisão monocrática favorável com a reforma da decisão do juízo ***a quo***.

[3] Constam nesta publicação apenas as razões do agravo de instrumento. Os requerimentos dirigidos ao Presidente do e. TJE/PA, apresentando o agravo, e ao juiz da 1ª Vara de Marituba, comunicando a interposição do recurso, foram excluídos da publicação.

O Ministério Público Estadual, respeitosamente, perante essa Excelsa Corte de Justiça, objetivando sua reforma total, vem AGRAVAR em face da decisão de fl.50 proferida nos autos da Ação Civil Pública com pedido de liminar interposta contra o Estado do Pará.

Em 08 de junho de 2015 foi ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Recorrido a referida ação, a qual teve por escopo alcançar decisão capaz de efetivar o controle jurisdicional de ato administrativo eivado de ilicitude - omissão estatal quanto a prestações de eficazes e tempestivos serviços de saúde em favor do idoso José Martins de Oliveira Maranhão. Trata-se de demanda fincada nas disposições da Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional, as quais, infelizmente, em sede liminar, não foram contemplados pelo MM. Juízo *a quo*.

Com efeito, ao apreciar o pedido de liminar constante da peça vestibular interposta pelo *Parquet*, equivocadamente, decidiu o MM. Juízo da Comarca de Marituba:

> Intime-se o Ministério Público para que, no prazo de 10 dias, emende a exordial, para que faça comprovação da consulta ao CIRADS, a fim de demonstrar a imprescindibilidade do presente procedimento para satisfação da pretensão que pode ser satisfeita, inclusive, através do núcleo de demandas judiciais da SESPA. Na ausência de cumprimento da emenda, o juízo julgará extinto o processo sem a resolução do seu mérito.

DO CABIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

A violação do direito

Os fatos:

Em 27 de maio de 2015, compareceu no gabinete da Promotoria de Justiça Marituba para solicitar providências cabíveis, a senhora Ediana da Silva Maranhão, brasileira, paraense, solteira, residente em Marituba. No ensejo, foi declarado pela cidadã referida:

> (...) Que é filha de JOSÉ MARTINS DE OLIVEIRA MARANHÃO, o qual foi diagnosticado com câncer no estômago e necessita ser submetido à intervenção cirúrgica para a retirada de um tumor (...) Que seu pai vem sendo atendido no Hospital Ofir Loyola; Que o médico que atende seu pai, Dr. Marcos Freire especialista em cancerologia solicitou a cirurgia de seu pai em caráter de urgência, a qual foi encaminhada no dia 12/03/2015 no Hospital Ofir Loyola; Que foram exigidas cópias dos documentos pessoais do paciente havendo por parte da família a entrada da documentação para viabilizar a cirurgia de José Martins no dia 29/04/15, na central de leitos do Hospital

> Ofir Loyola; Que não foi lhe dado nenhum comprovante de recebimento dos documentos apresentados no Ofir Loyola e a declarante não tem uma cópia do laudo solicitando a cirurgia de seu pai; Que seu pai já realizou todos os exames pré operatórios e está liberado para ser submetido a procedimento cirúrgico (...) Que desde o dia 29/04/15 aguarda que seu pai seja chamado para realizar a cirurgia no Ofir Loyola, no entanto quando a família busca informações de quando o senhor José Martins será chamado para fazer se submeter à cirurgia são informados que não há disponibilidade de leito no momento; Que seu pai vem tendo o seu quadro de saúde agravado, inclusive não conseguindo se alimentar e vomitando sangue; Que vem ao Ministério Público requerer as medidas cabíveis em favor do idoso; Que em razão de seu ter vindo residir neste município foi providenciado o cartão SUS do mesmo em Marituba (...).

A situação se apresentou tão delicada que mereceu a atenção imediata do agente ministerial, tendo, no ensejo, expedidos os ofícios requisitórios nºs 133 e 134, respectivamente, à Secretaria de Estado de Saúde e Secretaria Municipal de Saúde em razão das obrigações de atendimento integral e resolutivo em prol do idoso. Ambas as Secretarias foram totalmente omissas em responder ao Ministério Público, o que restou devidamente certificado pela auxiliar de administração do Parquet - documento presente - e vem corroborar a resistência à pretensão quanto a se obter, por parte do Demandado, o efetivo tratamento cirúrgico em favor do senhor José Martins de Oliveira Maranhão.

Nesse diapasão, é viável compreender que o idoso está vivendo verdadeira via-crúcis e, não sendo obtida a resolução administrativa para o tratamento necessitado pelo paciente de oncologia, somente subsiste buscar a imprescindível prestação jurisdicional em defesa dos direitos fundamentais de José Maranhão.

Em síntese, os resultados dos exames, os quais comprovam a existência de neoplasia em antro gastro no idoso, o seu atendimento, inclusive o cadastramento no Hospital Ofir Loyola, somado ao risco cardiológico favorável e o tratamento cirúrgico indicado pelo especialista, não deixam dúvidas quanto a necessidade de se veicular a presente pretensão ao Poder Judiciário, guardião maior da cidadania.

Diante de tão delicado quadro de saúde do idoso José Maranhão, não se torna aceitável ficar o mesmo aguardando indefinidamente o surgimento de um leito do Sistema Único de Saúde para que tenha o seu procedimento cirúrgico realizado. Não há dúvida de que em razão do câncer, doença cruelmente avassaladora e que não se subordina à falta de planejamento e eficiência do Estado na área da Saúde Pública, **cada segundo é valioso no sentido de se buscar os recursos pertinentes e que possam salvar a vida do paciente.**

É fato incontestável, ante a omissão do Demandado, não vir o idoso recebendo o efetivo e eficaz tratamento de que necessita, logo, tendo o seu direito humano fundamental de tratamento de saúde violado pelo Estado do Pará.

Ora, se ao longo de tantos lustros o Estado do Pará não fez o dever de casa, consubstanciado na falta da realização de planejamento e na imprescindível e tempestiva ampliação do número de leitos do SUS para atendimento dos pacientes oncológicos, deve, então, arcar com os custos de suas deficiências e adquirir na rede privada o necessário leito e os serviços de cirurgia especializada em prol do idoso. Fazer loteria da vida do idoso chega a ser até mesmo ato cruel por parte do ente político ora Demandado, o qual, como se sabe, está vinculado constitucionalmente à defesa da dignidade humana.

A IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Ao ter exigido do Ministério Público a "comprovação da consulta ao CIRADS, a fim de demonstrar a imprescindibilidade do presente procedimento para satisfação da pretensão que pode ser satisfeita, inclusive, através do núcleo de demandas judiciais da SESPA"; ao ditar, ainda, que na "ausência de cumprimento da emenda, o juízo julgará extinto o processo sem a resolução do seu mérito", verifica-se que o meritíssimo Juízo laborou em erro ao materializar flagrante ofensa à Constituição Federal. Veja-se.

Cabe um parêntese para se compreender o que vem a ser o CIRADS. Trata-se do resultado de acordo de cooperação técnica estabelecido entre o Tribunal de Justiça do Estado do Pará e outros órgãos e instituições – Acordo nº 004/2014 – destinados a trabalhar instrumentos de solução administrativa quanto às demandas na área da saúde (documento anexado).

De acordo com o estabelecido no referido instrumento, o CIRADS – Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde é formado pelo TJ/PA, PGE/PA, PGR/PA, DPU/PA, DPE/PA, AGU/PA, MPE/PA, SEMAJ-Belém/PA, SESPA/PA, SESMA/PA e SESMA/Belém, o qual atuará no atendimento administrativo do pleito, evitando a sua judicialização, assim como nos casos em que seja possível conciliar em juízo. Também ficou estabelecido que atuará nos casos concretos de demandas de saúde, com o escopo de realizar a análise dos mesmos, a identificação dos problemas e o encaminhamento das soluções (Cláusula Primeira).

Ora, a Lei Fundamental em seu art. 5º, inciso XXXV, proclamou que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata-se do consagrado princípio do acesso à justiça.

Em relação à matéria, refletem destacada argúcia as lições do professor Marcelo Abelha Rodrigues:

> (...) Dentre os direitos a serem prestados (*dever estatal*), destaca-se também o *dever de prestar a tutela jurisdicional,* ou seja, dar ao cidadão uma tutela jurisdicional justa e efetiva. Com isso, a ciência processual, que cuida das técnicas e métodos de atuação da

> jurisdição, viu-se na necessidade de rever seus conceitos, valores, e maior parte das técnicas processuais até então existentes e disponíveis à sociedade, pois estas haviam sido feitas e moldadas num modelo estatal que estava superado. Por isso, desde então, o direito processual civil, tem sofrido profundas reformulações com intuito de permitir que o *dever jurisdicional de prestar a tutela justa* seja integralmente cumprido.
>
> Para se ter uma tutela jurisdicional adequada, justa e efetiva, é preciso que se mudem as regras e princípios que compõem o processo, mas especialmente a mentalidade de seus intérpretes e operadores do direito, que aplicarão as técnicas e métodos diante das lides em concreto. Dois aspectos fundamentais foram revistos pela nova ordem constitucional: A *entrada e saída* do Poder Judiciário, que, normalmente, são pontos de estrangulamento e 'emperramento do sistema'. No tocante à entrada, era preciso facilitar os caminhos de acesso à justiça (Lei 1.060/1950) seja com a criação de mais instrumentos de acesso (justiça itinerante), simplificação dos existentes (Lei 9.099/1995 e posterior criação de Setores de Conciliação), mas, especialmente, *desvalorizar* os formalismos desnecessários para o ingresso em juízo, tratando o direito de ação como o direito de acessar à justiça, sem o colorido privatista e concreto que marcava este instituto.
>
> A ação passa a ser vista como uma porta (sem trancas ou segredos) de acesso ao Poder Judiciário, visando dar o maior rendimento ao postulado da universalização da jurisdição (o maior acesso e participação possível do jurisdicionado). Se a ação constitui um poder de acessar o Poder Judiciário e se este deve prestar tutela, tem-se, inexoravelmente que se o acesso não for o mais livre e informal possível, muitos (normalmente os hipossuficientes) apenas conseguirão 'bater', mas não entrar no Poder Judiciário. De outra parte, a revisitação conceitual também recaiu sobre a *saída* do Poder Judiciário, ou seja, sobre as técnicas que estrangulam a efetivação e realização da tutela. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do acesso à justiça) vem consagrado no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988."[4]

Por outro turno, o intitulado "esgotamento da via administrativa enquanto condição prejudicial para o ajuizamento da ação" já foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, haja vista que em total afronta ao texto constitucional. Decisões recentes da mais elevada Corte de Justiça vem nos orientar a respeito:

[4] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, p. 71*

AGRAVO REGIMENTAL. BENEFÍCIO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE.

A decisão agravada está em perfeita harmonia com o entendimento firmado por ambas as Turmas deste Tribunal, no sentido de afastar a exigibilidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 545.214/MG, relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO: DESNECESSIDADE. ART. 557 DO CPC. ATRIBUIÇÕES DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário. Precedentes. II - Quanto ao art. 557 do CPC, na linha do entendimento desta Corte, é constitucionalmente legítima a, "atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este - RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 – desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado" (RE 321.778-AgR/MG, Rel. Min. Carlos Velloso). III - Agravo regimental improvido. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 549.238/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COMO CONDIÇÃO PARA O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. DESNECESSIDADE. 1. Não há no texto constitucional norma que institua a necessidade de prévia negativa de pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo como condicionante ao pedido de provimento judicial. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 548.676/SP, relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma)

Julgou também sobre a matéria o ministro Marco Aurélio, oportunidade em que no **RECURSO EXTRAORDINÁRIO - AGRAVO 691.028 RIO GRANDE DO SUL, decidiu:**

> Não há previsão, na Lei Fundamental, de esgotamento da fase administrativa como condição para aquele que pleiteia o reconhecimento de direito previdenciário ter acesso ao Poder

> Judiciário. Ao contrário da Carta pretérita, a atual não agasalha cláusula em branco, a viabilizar a edição de norma ordinária com disposição em tal sentido. A própria Constituição Federal contempla as limitações ao imediato acesso ao Judiciário, quando, no tocante ao dissídio coletivo, a cargo da Justiça do Trabalho, estabelece ser indispensável o término da fase de negociação e, relativamente a conflito sobre competição ou disciplina, preceitua que o interessado deve antes provocar a Justiça Desportiva – artigos 114, § 2º, e 217, § 1º, ambos do Diploma Maior.

No magistério da Ministra Ellen Gracie, "condicionar a possibilidade do acesso ao Judiciário ao percurso administrativo, equivaleria a excluir da apreciação do Judiciário uma possível lesão a direito individual, em ostensivo gravame à garantia do art. 5º, XXXV da Constituição Federal." (MS 23.789, julgamento em 30.06.05, DJ de 23.09.05)

Com efeito, não pode o Estado do Pará, no contexto do Sistema Único de Saúde, abster-se de seu dever e deixar de efetivar o tratamento de forma integral e resolutiva em prol do senhor José Maranhão. Por certo, a família do idoso não deseja que este apenas venha a alimentar a estatística dos pacientes que morrem à espera de um leito no SUS, razões pelas quais sua filha suplicou urgentes providências ao Parquet. Realmente, o idoso não deve continuar subordinado exclusivamente ao alvedrio do Demandado e ora Recorrido, isto é, aos seus critérios de conveniência e oportunidade.

Conforme restou destacado na petição inicial, o Estatuto do Idoso rege a matéria de forma específica. Veja-se:

> **Art. 83.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.
> § 1o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil. (destaque do MP)

Está plenamente amparada no ordenamento jurídico a concessão da liminar para o fim de se obter o tratamento cirúrgico do idoso José Maranhão, o qual já se encontra com os seus fundamentais direitos desrespeitados, caracterizando-se o "fumus boni juris", haja vista que previsto no arcabouço normativo o dever estatal de assistilo com eficiência. Ao longo de um tempo demasiado, muito provavelmente também restará ineficaz qualquer tratamento de saúde, demarcando-se o "periculum in mora", em tudo a justificar-se o urgente deferimento da ordem liminar.

Em relação ao direito à saúde, em primeiro lançar d'olhos, pode se concluir que foge à atuação ministerial e ao Poder Judiciário a sua efetivação, principalmente quando considerado sobre a ótica incidente a partir de uma necessidade individual. Este, contudo, não é o entendimento correto da questão. Ocorre que se há de perquirir sobre a natureza do direito individual posto em questão, ou seja, reconhecer, ou não, em sua essência, a nota de direito fundamental e saber se a sua efetivação pelo Poder Judiciário não guarda coerência com a feição própria do Estado de Direito Constitucional.

Apesar de algumas decisões divergentes, a jurisprudência já respaldou de forma amplamente majoritária a legitimidade do Ministério Público no que concerne à defesa judicial dos direitos individuais indisponíveis, mormente ao se referir a tratamento de saúde:

> PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATAMENTO DE SAÚDE, PELO ESTADO, A MENOR HIPOSSUFICIENTE. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF.
>
> 1. Recurso especial contra acórdão que entendeu ser o Ministério Público parte legítima para figurar no pólo ativo de ações civis públicas que busquem a proteção do direito individual, difuso ou coletivo da criança e do adolescente à vida e à saúde.
>
> 2. Decisão a quo clara e nítida, sem omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses do recurso não implica cerceamento de defesa. Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (CPC, art. 131), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há vício para suprir. Não há ofensa ao art. 535, II, do CPC quando a matéria é abordada no aresto a quo.
>
> 3. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização.

4. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.
5. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.
6. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, hão de se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena a Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico.
7. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre.
8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.
9. Recurso especial não-provido.
(Recurso Especial nº 948579/RS (2007/0099821-0), 1ª Turma do STJ, Rel. José Delgado. j. 28.08.2007, unânime, DJ 13.09.2007).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. MENOR. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.
1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento das Turmas de Direito Público no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.09.2006.
2. No mesmo sentido são recentes precedentes desta Corte Superior: EREsp 466.861/SP, 1ª Seção, Rel. Min Teori Albino Zavascki, DJ de 07.05.2007; REsp 920.217/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 06.06.2007; REsp 852.935/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 04.10.2006; REsp 823.079/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02.10.2006; REsp 856.194/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 22.09.2006; REsp 700.853/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21.09.2006; REsp 822.712/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.04.2006.
3. Embargos de divergência providos.

(Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 684162/ RS (2005/0162771-4), 1ª Seção do STJ, Rel. Denise Arruda. j. 24.10.2007, unânime, DJ 26.11.2007).

O que se ressalta nesse momento, e conforme os inúmeros julgados acima citados é o fato de que não há postura leviana do Ministério Público ao promover o acesso à saúde em favor do idoso José Martins de Oliveira Maranhão. Trata-se, em verdade, de defender a plena realização do seu direito fundamental à digna sobrevivência, em conformidade, inclusive, ao que pretende a Lei Fundamental.

Cabe ressaltar, por oportuno, que no MUNICÍPIO DE MARITUBA não existe tratamento especializado - alta complexidade na área de oncologia - em favor dos pacientes, o que se percebe pela referência invocada em favor dos necessitados mediante a provocação/encaminhamento ao Hospital Ophir Loyola. Ora se no Hospital de maior porte do Município de Marituba – Hospital Divina Providência - não há tratamento, somente resta ao jurisdicionado buscar amparo no âmbito do Sistema Estadual de Saúde, o qual atua em administração indireta por intermédio do referido nosocômio especializado em tratamento de câncer.

Apesar de assim o desejar o Recorrido, não se tratam de normas meramente programáticas os artigos da Constituição Federal de 1988 que estabelecem os deveres estatais em assegurar a vida saudável, **preservando a dignidade da pessoa humana**, dever impositivo em favor de todo cidadão.

Sobre a matéria, diversos doutrinadores e o próprio Supremo Tribunal Federal já proclamaram que são normas de plena efetividade e que em nenhuma hipótese podem ser postergadas pelo Estado. Verificando-se a ilícita omissão estatal, cabe, outrossim, ao Poder Judiciário proceder a imediata correção da ilegalidade mediante a condenação do ente político em realizar as ações e serviços imprescindíveis à assegurar a existência digna do ser humano e, inclusive, sim, com pleno amparo da medida de reforço consubstanciada na aplicação de multa diária pelo descumprimento da ordem judicial emanada no bojo do devido processo legal substancial.

Márcio Louzada Carpena nos leciona, ainda, sobre a imprescindível efetividade da prestação jurisdicional:

> Não basta que o operador do direito tenha consciência sobre tudo o que definido linhas atrás a respeito da garantia constitucional de o jurisdicionado ter acesso à Justiça, se não compreender que esta garantia não se resume apenas ao ingresso da ação ou pleito perante o Judiciário, mas, sim, vai muito mais longe, tendo guarida durante todo o processo, enquanto instrumento de efetivação do direito material, ameaçado ou violado, reclamado ao Estado.
> Na mais profunda e correta interpretação do princípio da inafastabilidade tem-se que ele, de acordo com o que acentua de forma proficiente a doutrina italiana,(16) não só se propõe a proteger o abstrato direito de ação, mas também garante que, em

> nome dele, seja afastado todo e qualquer embaraço ao exercício dos direitos substanciais ou aos interesses legítimos, seja em plano formal, seja em plano material, que configure na prática denegação da tutela jurídica devida pelo Estado aos indivíduos. (17)
> De igual maneira, perfeita é a observação de Kazuo Watanabe, ao referir que a inafastabilidade do controle jurisdicional não assegura "apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas, sim, o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa."(18) O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística, conforme bem observam Mauro Cappelletti e Bryant Garth.(19)
> A regra do art. 5º, inc. XXXV, da Carta Federal pátria, em última análise, garante o direito à ação, bem como o de ter um processo direcionado à entrega do direito material de maneira efetiva e eficaz a todos os jurisdicionados, independente de posição econômica, social, cultural, etc., propiciando que o Estado alcance o propósito de prestar a jurisdição, a que se incumbiu no momento em que impediu a autotutela. Outrossim, a Emenda Constitucional nº 45 claramente reforçou essa idéia quando dispôs: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."
> E é nesses termos que passa a ser corolário o entendimento de que exigências normativas que não se apresentam naturais ou essenciais ao escorreito desenvolvimento do processo e que afastam a prestação jurisdicional do cidadão são, in concreto, afrontosas ao princípio que veda o afastamento da Justiça.[5]

Cabe ponderar, outrossim, que em se tratando da efetivação do direito à saúde – Direito Humano Fundamental - o Poder Judiciário já proclamou entendimento de que se trata de **responsabilidade solidária dos diversos entes políticos, não podendo, inclusive, albergar a ilicitude da administração pública o argumento de que se trata da observância de política pública na área em questão. Veja-se.**

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR CARENTE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO RECONHECIDA.

[5] Carpena, Márcio Louzada Da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

1. "Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde" (REsp 828.140/MT, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 23.04.2007).
2 Agravo Regimental não provido.
(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 893108/PE (2007/0108664-3), 2ª Turma do STJ, Rel. Herman Benjamin. j. 11.09.2007, unânime, DJ 22.10.2007).

Em síntese, o direito à saúde, à digna vida, revelam DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, logo, de plena e imediata eficácia e que não podem, sob qualquer hipótese, restarem negligenciados pelo ESTADO DO PARÁ.

Por todo o exposto, vem o Ministério Público agravar da decisão do MM. Juízo Cível da 1ª Vara Cível da comarca de Marituba, requerendo provimento do presente recurso ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, para, reformando totalmente a decisão a quo:

A) receber a petição inicial nos termos em que se apresenta, deferindo-a sem a exigência de provocação anterior do CIRADS, e determinando o processamento da ação civil pública com pedido de liminar objetivando a condenação em obrigação de fazer do Estado do Pará até decisão final de mérito;

B) em antecipação da tutela recursal, liminarmente e inaudita altera pars, que seja determinado ao Recorrido que realize a imediata internação e o tratamento cirúrgico oncológico do idoso José Martins de Oliveira Maranhão, seja no Hospital Ophir Loyola ou em outro Hospital qualificado em infraestrutura e recursos humanos especializados, ainda que de natureza privada e, neste caso, às expensas do Agravado;

C) Que, em favor do jurisdicionado, seja atendido o idoso em caráter de integralidade e resolutividade, cumprindo-se todas as ações e serviços necessários ao tratamento como o fornecimento de remédios, a realização de exames e efetivação de tratamentos especiais, tudo voltado à plena recuperação de sua saúde e preservação de sua vida. Em caso de inadimplemento das obrigações, que seja o Recorrido condenado ao pagamento de multa no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso no cumprimento de seus deveres.

Marituba, PA, 19 de junho de 2015

Paulo Ricardo de Souza Bezerra
2º PJ Titular de Marituba

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE SANTARÉM[1]

RESUMO: Ação civil pública[2] que objetiva a garantia do direito fundamental à saúde da coletividade difusa que usa o balneário de Alter-do-Chão em virtude dos elevados índices, com resultados progressivos nos últimos anos, de contaminação da população local pelo vírus causador da Hepatite "A".

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ,** pelo Promotor de Justiça em exercício nesta Comarca, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA com obrigação de fazer, cumulada com preceito cominatório e pedido liminar,** para a proteção de direitos sociais afetos à **SAÚDE PÚBLICA, CIDADANIA, PROBIDADE E MEIO AMBIENTE,** em face d**o MUNICIPIO DE SANTARÉM,** pessoa jurídica de direito público interno, na pessoa de seu Exmo. Prefeito, Alexandre Raimundo de Vasconcelos Wanghon. Endereço: Avenida Dr. Anysio Chaves, nº 858, bairro Aeroporto Velho, CEP 68 020-250, pelas razões a seguir aduzidas:

I - CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. Desde o ano de 2012 até o presente momento, diversas pessoas que freqüentaram o município de Santarém, como turistas ou moradores, contaminaram-se com o vírus da hepatite "A".
2. No ano de 2014, verificamos um aumento abrupto nos casos notificados, incluindo-se neste contexto a Vila de Alter-do-Chão.
3. Destarte, no espaço de tempo referenciado, verificamos o seguinte processo de evolução dos casos da doença, notificados ao município de Santarém pela

[1] Ação Civil Pública elaborada pelos(as) Promotores(as) de Justiça do Ministério Público do estado do Pará Tulio Chaves Novaes, Maria Raimunda da Silva Tavares e Luziana Barata Dantas

[2] A seção de pareceres da Revista do Ministério Público do Estado do Pará traz, excepcionalmente, uma petição inicial de ação civil pública dada a relevância da matéria nela discutida. A ação tramita sob o nº 0001782-83.2015.4.01.3902 na 2ª Vara Federal da Comarca de Santarém/PA. O juiz da 2ª Vara Federal, em 01.09.2015, liminarmente, atendendo requerimentos formulados na inicial, determinou que fossem interditados os pontos indicados no relatório técnico que foi em anexo à inicial (pontos 3.1 e 3.2) e as áreas contínuas desses pontos, devendo ser demarcada área de segurança ao redor deles. Foi determinada, ainda, a realização de exames de balneabilidade mensais nas regiões das praias de Alter do Chão, os quais devem ser produzidos de acordo com a Resolução nº 237-CONAMA. Foi determina também a suspensão das propagandas relacionadas à condição da água de Alter do Chão, as quais diziam estar o balneário em boas condições para banho. E, no caso de descumprimento, estabeleceu-se a multa diária de R$ 10.000, 00 (dez mil reais).

autoridade sanitária local: 1)- No ano de 2012, detectou-se 52 casos na sede do Município; 2)- Em 2013, foram 45 casos na mesma cidade; 3)- Em 2014 tivemos um salto para 117 casos na cidade de Santarém, sendo 13 eventos localizados no distrito de Alter-do-Chão; 4)- Em janeiro de 2015, já temos 6 casos em Alter-do-Chão e 11 casos em Santarém.

4. **Desta forma, somente no mês de janeiro, percebemos que já atingimos cerca de metade de todo o quantitativo de casos detectados em Alter-do-Chão durante o transcurso de todo o ano passado.**
5. Frisamos que **a referida estatística diz respeito apenas àqueles casos que foram oficialmente documentados.** Importa dizer, desta forma, que **ainda existe uma zona de penumbra significativa do espectro quantitativo, que não aparece nas informações oficialmente contabilizadas pelas autoridades sanitárias locais, mas que é significativa na prática para a disseminação da doença.** Destarte, a preocupação com o risco de epidemia recrudesce.
6. Boa parte dos doentes em nossa região, por razões culturais, econômicas ou sociais, adquire a doença, mas não procuram os centros de saúde locais para tratamento. Estes, consequentemente, não são notificados pela autoridade sanitária. Tais doentes cuidam de forma doméstica dos sintomas apresentados, até o desaparecimento dos mesmos.
7. Outra parte dos indivíduos afetados é assintomática. Apesar da ausência de prejuízo aparente para a saúde do indivíduo afetado nestas circunstâncias, não apresentando sinais do problema, tais pessoas simplesmente não se tratam, tornando-se agentes invisíveis na disseminação do contágio. Em outras palavras: o perigo nesta situação é significativo pois lutar contra um inimigo invisível denota riscos de vulnerabilidade muito maiores.
8. **No que se refere aos índices da doença em Santarém temos que considerar as três situações acima listadas: doentes oficiais, doentes não oficiais e doentes invisíveis. Em todas as hipóteses temos vetores significativos de contágio e disseminação da doença.**

II - O COMBATE À HEPATITE "A" COMO DEVER ADMINISTRATIVO

9. Importa dizer que a hepatite ti**po "A" é doença altamente contagiosa. Sua transmissão ocorre através da ingestão de alimentos ou água contaminada por agentes patogênicos virais, presentes nas fezes humanas contaminadas.**

10. Segundo o Doutor Dráuzio Varella[3], a hepatite A "é uma doença infecciosa aguda, causada pelo vírus VHA que é transmitido por via oral-fecal, de uma pessoa infectada para outra saudável, ou através de alimentos (especialmente os frutos do mar, recheios cremosos de doces e alguns vegetais) ou da água contaminada". O conhecido médico continua sua explicação, afirmando que "Esse vírus pode sobreviver por até quatro horas na pele das mãos e dos dedos. Ele é também extremamente resistente à degradação provocada por mudanças ambientais, o que facilita sua disseminação, e chega a resistir durante anos a temperaturas de até 20ºC negativos". Neste sentido, segundo o médico responsável pelo posto de saúde de Alter-do-Chão, Dr. Frederico Galante Neves, nem o ato de passar álcool nas mãos garante a morte do vírus da hepatite "A".
11. Duncan[4] informa que **o vírus da hepatite A tem a capacidade de sobreviver semanas na superfície dos objetos, podendo ser inativado pela fervura, contato com formaldeído, clore e irradiação ultravioleta. Igualmente, para debelar o vírus, devem ser adotadas medidas de higiene pessoal rigorosa, limpeza e desinfecção dos banheiros, lavagem das mãos e afastamento das pessoas com hepatite A do preparo das refeições.** Na maioria dos casos, segundo o Autor, o período de contágio é de sete a dez dias, sendo necessário que os indivíduos na fase aguda da doença se afastem de ambientes públicos como creches, escolas, entre outros para minimizar os riscos de contágio.
12. Segundo Vilella[5], a hepatite "A" é uma infecção causada por um vírus RNA, classificado como sendo da família *Picornavirus,* cuja transmissão se dá por via fecal-oral. Detectado ainda no período de incubação, permanece o vírus por aproximadamente dez dias após o aparecimento do quadro clínico. Ainda s**egundo o Autor citado, o vírus "A" é a causa mais freqüente de hepatite viral aguda no mundo** e o seu diagnóstico se baseia na detecção de anticorpos, e não do antígeno viral, devido ao curto período de viremia deste agente no soro do indivíduo infectado.

[3] Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/crianca-2/hepatite-a/>. Acesso em 11 fev 2015.

[4] DUNCAN, Bruce B.; SCHMIDT, Maria Inês; GIUGLIANI, Elsa R.J. e colaboradores. Medicina Ambulatorial: Condutas de Atenção Primária Baseadas em Evidências. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 1448-1463.

[5] VILELA, Moacyr Pádua; BORGES, Durval Rosa; FERRAZ, Maria Lúcia Gomes e colaboradores. Gastroenterologia & Hepatologia. São Paulo: Atheneu, São Paulo, 1996, p. 156-167.

13. S**egundo o próprio Ministério da Saúde[6], a hepatite "A" apresenta distribuição mundial. A principal via de contágio é a fecal-oral, por contato inter-humano ou por água e alimentos contaminados. Sua disseminação está intimamente relacionada às condições precárias de saneamento básico, nível socioeconômico da população, grau de educação sanitária e condições de higiene da população.** Em regiões menos desenvolvidas as pessoas são expostas ao HAV em idades precoces, apresentando formas subclínicas ou anictéricas em crianças em idade pré-escolar. A transmissão poderá ocorrer 15 dias antes dos sintomas até sete dias após o início da icterícia.

14. Neste ponto acima abordado, considerando nossas peculiaridades sócio-culturais, bem como levando em consideração as características administrativas de um município do interior de uma das regiões mais pobres do Brasil, compreendemos que o risco de disseminação e recrudescimento da doença em Santarém é mais preocupante ainda.

15. O fato é que **tais considerações técnicas permitem-nos enxergar a hepatite "A" como doença proveniente da falta de higiene pessoal e ambiental. O risco de contágio está ligado diretamente à ingestão de fezes humanas infectadas, nos locais onde se verifica a contaminação.** O próprio Ministério da Saúde confirma a ilação, ao afirmar que **"a melhor estratégia de prevenção desta hepatite inclui a melhoria das condições de vida, com adequação do saneamento básico e medidas educacionais de higiene"[7]**. Assim sendo:

> Diversos inquéritos clínico-epidemiológicos têm validado o conceito de que a freqüência da hepatite A está diretamente relacionada ao padrão de saneamento da região. **Os indivíduos infectados disseminam o vírus quando apresentam más condições de higiene,** pois o vírus é transmitido quase que exclusivamente pela via oral-fecal. V**ários estudos têm demonstrado que, com as melhorias nas condições sanitárias e de higiene, ou no nível socioeconômico das populações, a prevalência de infecção pelo vírus A tem diminuído marcadamente em anos recentes.[8]** – o grifo é de nossa autoria.

---

[6] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. Manual de aconselhamento em hepatites virais/ Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. – 1. ed. - Brasília: Ministério da Saúde, 2005. (Série A. Normas e Manuais Técnicos), p.19-33.

[7] *Idem.*

[8] Duncan et al. *Op. cit*., p. 1448-1463.

16. O fato é que a **hepatite é um problema mundial de saúde pública,** tanto que a Organização Mundial de Saúde (OMS), desde 2010, definiu o dia 28 de julho como o **"Dia Mundial da Hepatite".**
17. **O objetivo desta Organização internacional foi chamar atenção do mundo para a importância da prevenção de uma doença que pode evoluir para casos agudos e até mesmo a morte.**

III - A SITUAÇÃO DE RISCO NA VILA DE ALTER-DO-CHÃO

18. Importa enfatizar, Excelência, que a hepatite "**A", corresponde ao tipo da doença endêmico em locais onde o saneamento básico é ineficiente ou inexistente, como em Alter-do-Chão.**
19. O agente patogênico viral, presente nas fezes humanas contaminadas, dissemina-se com um ambiente sanitário impróprio. **A insalubridade do meio qualifica-se de modo geral pela ausência de tratamento de esgotos e conseqüente poluição do meio ambiente e locais de recreação. É fato público e notório que na Vila, tais direitos fundamentais são praticamente inexistentes.**
20. **No caso específico da vila de Alter-do-Chão, segundo o relatório da reunião, realizada pela DIVISA, em 15 de janeiro de 2015, na localidade, "todos os empresários elencaram os problemas que estão ocorrendo na Vila, como: falta de banheiro químico na ilha, efluentes despejando água de esgoto na praia, balsinhas com banheiros jogando fezes direto no lago verde,** grupos de Hippies morando nas margens do Lago Verde, nas praças, e outros pontos da Vila, presença de cães nas praias, **muito lixo em toda orla do balneário,** trânsito sem ordenação e muito desorganizado com carretas de outros estados estacionando em qualquer lugar. **Crescimento demográfico com instalação de bolsões de favelas,** criação de aves e suínos na cabeceira do Lago Verde despejando resíduos no Lago". O documento é assinado pelo diretor do setor de Vigilância em Saúde em Santarém, Dr. João Alberto P. Coelho.
21. De todos os itens acima listados, todos aqueles que envolvem a situação da disseminação de fezes humanas infectadas na região do Lago Verde respondem parcialmente pela contaminação do local por agentes patogênicos virais, causadores de hepatite "A", nos moldes epidemiológicos relatados.
22. Confirmando a preocupação do setor empresarial, a Divisão de Vigilância em Saúde (DIVISA), do município de Santarém, em data recente (dia 14 de janeiro de 2015), realizou exames sobre a potabilidade da água que banha vários locais turísticos do Lago Verde, bem como do bebedouro que serve

aos alunos da Escola Municipal Antônio Sousa Pedroso, confirmando sua impropriedade para qualquer tipo de consumo que resulte em ingestão do líquido. Reproduziremos o resultado Laudos técnicos abaixo:

A)- LAUDO ANALÍTICO nº 001/2015:

*** Local de coleta: Cabeceira do Macaco;**

* Endereço da Coleta: Alter-do-Chão;

*** Ponto de Coleta: Rio;**

* Tipo de Análise: Físico-química e Bacteriológica;

*Data de Coleta: 14/01/2015

ANÁLISE MICROBIOLÓGICAS:

* Coliformes Totais: P (Presença)

* *Escherichia coli: P (Presença)*

CONCLUSÃO

***O resultado foi INSATISFATÓRIO**

B)- LAUDO ANALÍTICO nº 004/2015:

*** Local de coleta: Praia Ilha do Amor – Próximo às barracas;**

* Endereço da Coleta: Alter-do-Chão;

*** Ponto de Coleta: Rio;**

* Tipo de Análise: Físico-química e Bacteriológica;

*Data de Coleta: 14/01/2015

ANÁLISE MICROBIOLÓGICAS:

* Coliformes Totais: P (Presença)

* *Escherichia coli: P (Presença)*

CONCLUSÃO

***O resultado foi INSATISFATÓRIO**

C)- LAUDO ANALÍTICO nº 005/2015:

*** Local de coleta: Praia CAT;**

* Endereço da Coleta: Alter-do-Chão;

*** Ponto de Coleta: Rio;**

* Tipo de Análise: Físico-química e Bacteriológica;

*Data de Coleta: 14/01/2015

ANÁLISE MICROBIOLÓGICAS:

* Coliformes Totais: P (Presença)

* *Escherichia coli: P (Presença)*

CONCLUSÃO

***O resultado foi INSATISFATÓRIO**

D)- LAUDO ANALÍTICO nº 012/2015:
*** Local de coleta: <u>Escola Municipal Antônio Sousa Pedroso;</u>**
* Endereço: Travessa Frei Cristóvão – Alter-do-Chão;
*** Ponto de Coleta: bebedouro;**
* Tipo de Análise: Físico-química e Bacteriológica;
*Data de Coleta: 14/01/2015
ANÁLISE MICROBIOLÓGICAS:
* Coliformes Totais: P (Presença)
* *Escherichia coli: P (Presença)*
CONCLUSÃO
<u>*O resultado foi INSATISFATÓRIO</u>

23. Excelência, importa frisar, neste contexto fático, que a Resolução CONAMA 274, de novembro de 2000, estabelece regramento normativo para situações como a verificada por tais laudos técnicos.
24. Esclarecendo alguns termos técnicos constantes nos resultados dos laudos acima reproduzidos, o artigo 1º do referido diploma normativo, nas suas alíneas "d" e "e", informa o seguinte:

> Art. 1º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: (...)
> d) coliformes fecais (termotolerantes): bactérias pertencentes ao grupo dos coliformes totais caracterizadas pela presença da enzima B-galactosidade e pela capacidade de fermentar a lactose com produção de gás em 24horas à temperatura de 44-45ºC em meios contendo sais biliares ou outros agentes tenso-ativos com propriedades inibidoras semelhantes. **Além de presentes em fezes humanas e de animais podem, também, ser encontradas em solos, plantas ou quaisquer efluentes contendo matéria orgânica;**
> e) Escherichia coli: bactéria pertencente à família Enterobacteriaceae, caracterizada pela presença de enzimas B-galactosidade e B-glicuronidase. Cresce em meio complexo a 44-45°C, fermenta lactose e manitol com produção de ácido e gás e produz indol a partir do aminoácido triptofano. **A Escherichia coli é abundante em fezes humanas e de animais, tendo, somente, sido encontrada em esgotos, efluente, águas naturais e solos que tenham recebido contaminação fecal recente**. – os grifos são de nossa autoria

25. O caput do artigo 2º da referida Resolução, tratando da possibilidade de uso recreativo (balneabilidade), informa que as águas doces, salobras e salinas, terão sua condição avaliada nas categorias própria e imprópria.

26. Percebemos que apesar dos laudos apresentados referirem-se ao consumo da água examinada, não à balneabilidade, **é fato lógico que não existe a possibilidade de usar recreativamente as águas referenciadas sem se sujeitar ao risco de ingestão. Em outras palavras, é IMPOSSÍVEL GARANTIR, por exemplo, que uma criança, ou mesmo um adulto, ao tomar banho na praia da Ilha do Amor, não irá ingerir uma certa quantidade daquela água imprópria para o consumo. Não se pode, portanto, desvincular a potabilidade da balneabilidade.**
27. **O fato é que a ausência de potabilidade em praias recreativas gera um RISCO insustentável do ponto de vista da conservação da saúde pública para a balneabilidade.**
28. **É exatamente este RISCO de ingestão de água contaminada, possibilitado com o seu uso recreativo em praias e locais públicos, como os referenciados nos laudos técnicos acima reproduzidos, que não pode ser sustentado pela coletividade.**
29. **Para mergulhar, tomar um banho, lavar louça nas barracas que vendem comidas nas praia, ou mesmo cozinhar é necessário que a água utilizada não seja INSATISFATÓRIA PARA O CONSUMO HUMANO, caso contrário, em quaisquer destas possibilidades de uso, haverá um RISCO DE CONTAMINAÇÃO por ingestão do líquido ou de resíduos derivados.**
30. **Enquanto o Poder Público não comprovar que as águas examinadas do balneário se encontram em condições satisfatórias para a ingestão, não poderá permitir seu uso recreativo.**
31. Importa referenciar que as águas examinadas encontram-se contaminadas por fezes humanas, conforme atestam os laudos reproduzidos acima. Nestas condições temos perfeitamente atestado a possibilidade de contaminação e disseminação da hepatite tipo "A", cujos índices no balneário de Alter-do-Chão já são alarmantes.
32. Neste sentido, a Resolução em análise sentenciosamente informa no caput do artigo 3º, o seguinte:

> **Art. 3º Os trechos das praias e dos balneários serão INTERDITADOS se o órgão de controle ambiental, em quaisquer das suas instâncias (municipal, estadual ou federal), constatar que a má qualidade das águas de recreação de contato primário justifica a medida.** – grifamos

33. Por seu turno, o §2º do mesmo dispositivo informado, demarcando a competência para o ato restritivo, determina que

> §2º **A interdição e a sinalização, por qualquer um dos motivos mencionados no caput e no §1º deste artigo, devem ser efetivadas, pelo órgão de controle ambiental competente**.

34. O artigo 9º arremata tal entendimento, complementando o rol de responsabilidades do Poder Público no que respeita a desinfecção e controle das condições de salubridade das águas destinadas à recreação, da seguinte maneira:

> Art. 9º Aos órgãos de controle ambiental compete a aplicação desta Resolução, cabendo-lhes a divulgação das condições de balneabilidade das praias e dos balneários e a fiscalização para o cumprimento da legislação pertinente.

35. Se a possibilidade de uso recreativo destas águas contaminadas permanecer de forma irrestrita, conforme indica a estatística apresentada no início de nossas considerações, caminhamos para um desiderato mórbido de contaminação por hepatite "A".

36. Inclusive existe a possibilidade de ocorrência de epidemia da doença em Santarém, caso medidas efetivas para a não utilização recreativa de águas infectadas e descontaminação dos locais afetados em Alter-do-Chão não sejam adotadas em caráter emergencial pelo Poder Público.

37. Importa referir que **já vivemos uma situação de surto de hepatite no município de Santarém desde o ano passado, considerando o aspecto localizado dos casos oficialmente detectados.**

38. Levando em consideração que somente no mês de janeiro de 2015 já alcançamos mais da metade dos casos relatados durante o ano inteiro em Alter-do-Chão, bem como a piora das condições sanitárias do local, aparece como hipótese plenamente possível a ocorrência de epidemia.

39. Em epidemiologia este termo respectivo é reservado para identificar quantidades acima do normal de doenças infectocontagiosas. Já "epidemia" denota o aspecto rápido e anormal de disseminação de uma doença (causada por vírus ou bactérias) em um determinado local, deixando muitas pessoas doentes. De um simples surto, para a ocorrência de uma epidemia, portanto, temos apenas como critério diferenciador a variante quantitativa.

40. Por fim, os laudos da Divisão de Saúde Sanitária apontam a contaminação do bebedouro da escola Municipal Antônio Sousa Pedroso, cuja água já é considerada imprópria pra o consumo, expondo a risco a vida e saúde de todas as crianças que estudam naquele educandário.

41. Não obstante, considerando as formas de transmissão da Hepatite A por via oral e oral-fecal, as crianças, especialmente através do contato pessoal ou com algum objeto contaminado, correm risco maior de serem acometidas por um surto ou epidemia, quer pela proximidade física que favorece o contato pessoal, quer por brinquedos ou outros objetos que passam de mão em mão. Além disso, é nessa faixa etária em que normalmente se entra em contato com o vírus pela primeira vez, sendo certo que a reclusão em ambiente fechado potencializa a transmissão já majorada pela presença da temível cepa no bebedouro de uso comum.

IV - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AGREDIDOS COM A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES SANITÁRIAS APLAUSÍVEIS EM ALTER-DO-CHÃO

42. Sabe-se que a prestação de ações que promovam e conservem a saúde pública é direito social imprescindível à concretização do primado da dignidade da pessoa humana. Um meio ambiente hígido, com riscos mínimos de se contrair doenças provenientes da sujidade (como a hepatite "A"), nessa medida, corporifica-se como um dos meios indissociáveis à concretização do mínimo existencial.
43. **Em virtude da morosidade provocada por omissão ou pelos mecanismos burocráticos da Administração, as condições de saneamento estão longe das que seriam ideais para a querida Vila de Alter-do-Chão.** No local encontra-se um dos monumentos da natureza mais belos do mundo, internacionalmente presente nos roteiros turísticos mais requintados, que é o Lago Verde com suas praias – nelas incluído o famoso istmo, conhecido como "Ilha do Amor".
44. Essas características têm produzido resultados que dimanam grande injustiça, na medida em que ignoram as necessidades reais dos usuários do ambiente. Tais pessoas encontram-se expostas à contaminação por uma doença própria da sujidade. **Nós, nossos filhos, nossos entes queridos, ao usarmos o espaço para banho nas praias do local, ao consumirmos os alimentos vendidos nas barracas de praia, praças, restaurantes etc. estamos sujeitos à contaminação pela hepatite "A".** Destarte, as efetivações do direito fundamental à saúde coletiva e individual, bem como à vida digna, que pragmaticamente não admitem clivagem, encontram-se prejudicadas com a realidade de carência de políticas públicas sanitários no Balneário.
45. Em outras palavras, **a ausência até o presente momento de medidas efetivas para a descontaminação do local e prevenção de novos**

eventos contaminantes por parte da autoridade Administrativa, torna letra morta o principio da integralidade na efetivação de medidas de saúde pública, que é uma das pedras angulares do Estado Democrático-Social de Direito.

46. Uma outra vertente do problema afeta sobremaneira o setor econômico da Região. Isto porque a demanda pela otimização do espaço turístico de Alter-do-Chão, mormente relacionada à salubridade das praias localizadas na região do Lago Verde, responde por uma das fontes principais de recursos de nosso Município, qual seja o turismo.

47. Ainda neste sentido, precisamos considerar que o carnaval na Vila se avizinha, fazendo recrudescer a preocupação com a disseminação da hepatite A e ampliação do espectro quantitativo da doença.

48. O Carnaval é a manifestação popular que mais atrai a população à Vila de Alter-do-chão, depois do evento do Sairé. O "Carnalter" é tradição no calendário de eventos da região oeste do Pará. É um período que movimenta o turismo local, sendo estimado que cerca de 50 mil pessoas compareçam anualmente às festas que se estendem pelos quatro dias do feriado prolongado.

49. Tradicionalmente, a festa na vila é marcada pela brincadeira de amido de milho e espuma, na qual os foliões costumam sujar uns aos outros. Todavia, **após esta programação, a população brincante procura as praias para banho, bem como para encontrar locais onde irão defecar, ampliando enormemente o risco de contágio da hepatite "A" já que praticamente não existe saneamento na Vila.**

50. Nesta oportunidade, considerando a atual situação da água e a potencialidade de transmissão do vírus, acrescentado ao incremento do número de banhistas, tem-se uma grave situação de risco de disseminação de hepatite "A", sem precedentes.

51. O fato é que descurar, por qualquer razão, do dever de limpeza e saneamento básico da Vila agride diretamente o interesse público primário e secundário, ligados ao desenvolvimento social e econômico da Região.

52. Neste sentido, **a desinfecção das praias e outras fontes de água no Balneário, contaminadas pelo agente patogênico da hepatite "A", deve ser encarada administrativamente como prioridade absoluta.**

53. A escusa, normalmente apresentada pelo Estado arrecadador, no que respeita à alegação da "reserva do possível", ou à inexistência de recursos financeiros suficientes para a concretização de medida administrativa necessária à conservação da cidadania, podem ser supridas com uma reorganização orçamentária dos gastos da municipalidade.

54. Assim, é sabido que o município de Santarém, efetiva gastos de interesse público questionável com a chamada publicidade institucional. Conforme os documento constantes nos presentes autos, **o Município de Santarém gastou com publicidade institucional, de janeiro a agosto de 2014 exatos R$2.400.000,000 (dois milhões e quatrocentos mil reais), de dinheiro público,** proveniente de um município pobre, do interior de um Estado pobre, onde faltam remédios básicos, postos de saúde, hospitais, escolas etc. **Tais valores poderiam ser utilizados para necessidades sociais muito mais prioritárias, como a desinfecção e saneamento básico da Vila de Alter-do-Chão.**

55. Cortar gastos com publicidade institucional e direcionar os recursos públicos correspondentes para o uso em saúde pública – mais especificamente, para a desinfecção dos locais de banho e fontes de água contaminadas em Alter-do-Chão – é medida administrativa sujeita ao controle de legalidade, realizado pelo poder Judiciário e fiscalizado pelo Ministério Público.

56. Critérios de razoabilidade e proporcionalidade, em outras palavras, compõem o espectro da legalidade que vincula, para mais ou para menos, a atuação do Administrador. Não há que se falar, em tais hipóteses no chamado mérito administrativo, ou mesmo na discricionariedade administrativa, cujos primados não são compatíveis com o perfil axiológico de um Estado comprometido com valores democráticos, como o nosso.

57. Desta feita, torna-se patente medida de justiça equitativa, a expedição de ordem jurisdicional que determine a clivagem dos recursos públicos, para retirar valores de onde claramente não existe prioridade, e alocá-los onde o interesse público objetivo clama por um ato resolutivo.

58. Na prática, é muito, muito mais importante concentrar recursos para a desinfecção das praias e fontes de água contaminadas pelo vírus da hepatite A em Alter-do-Chão, que a utilização de tais valores para divulgar, em horário nobre, na televisão, aquilo que o Executivo municipal tem feito.

59. Note-se que, na vertente ação, o Ministério Público não está a exigir que o Requerido efetive o mínimo existencial. O que se pretende é bem menos que isso. Trata-se apenas da garantia do direito à saúde da coletividade difusa que usa o balneário de Alter-do-Chão.

60. O direito à saúde possui sede constitucional, e por configurar elemento indissociável à dignidade da pessoa humana, goza de aplicabilidade imediata

e primazia em relação às demais despesas estatais. O Poder Público não pode, portanto, postergá-lo a qualquer pretexto.

61. No plano da legislação ordinária, o tema da saúde é tratado com a mesma dignidade prevista na Constituição. A Lei 8.080/90 qualifica a saúde como "um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício" (art. 2°, *caput)*.
62. Portanto, seja no âmbito constitucional, seja na esfera da legislação ordinária, a existência do dever primordial do Estado de prestar medidas que efetivem a saúde pública é inquestionável.
63. **A jurisprudência se firmou no sentido de dar procedência dos pedidos aviados na presente demanda,** *in verbis***:**

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MATADOURO PÚBLICO. INSTALAÇÕES INADEQUADAS. RISCO A SAÚDE PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. INTERDIÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO POR UNANIMIDADE. REFORMADA A DECISÃO PROFERIDA EM PRIMEIRO GRAU. Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo interposto em face da decisão do MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Tabira, que, nos autos da Ação Ordinária com pedido de liminar (processo nº 0003278-52.2012.8.17.1420), que concedeu a liminar para autorizar provisoriamente, o funcionamento do Matadouro Público de Tabira. Alega o agravante que a manutenção do julgado de primeiro grau acarretará lesão grave e de difícil reparação à Fazenda pública Estadual, haja vista permitir a reabertura de matadouro público que não cumpre as normas sanitárias, colocará em risco iminente à população local. O cerne do presente recurso cinge-se na irresignação do agravante, no que atine à decisão proferida pelo douto juízo da Comarca de Tabira, que, liminarmente, determinou a reabertura do matadouro. Analisando a decisão recorrida percebo que a autorização provisória para o funcionamento do matadouro público municipal que não cumpre as normas sanitárias, **colocará em risco iminente à saúde da população local**. Verifica-se nos autos que o laudo de vistoria foi emitido em 02/08/2012, pela ADAGRO que o encaminhou à Prefeitura de Tabira, informando-lhe acerca da interdição através do Ofício nº 342/12, o qual foi respondido pelo Município em 28 de agosto de 2012, através do Ofício nº 398/2012, de fls. 36/37. Percebe-se pela leitura do termo de interdição (fl. 22) lavrado por fiscal da ADAGRO, que o Matadouro Público de Tabira **encontra-se em péssimas condições de higiene e de funcionamento,** produzindo odores fétidos e desagradáveis; seus efluentes são jogados a céu aberto; estando localizado na área urbana, circundado por residências, **causando risco**

> **iminente à saúde pública**. Em 28 de novembro de 2012 a ADAGRO emitiu parecer técnico (fl. 80/82), que evidencia as péssimas condições do matadouro, de forma a ratificar o laudo de vistoria emitido em 02 de agosto de 2012. **Com relação à alegação do agravado de que a interdição imediata do matadouro irá afetar diretamente a economia local, tenho que ela não deve prosperar, porque uma matéria de ordem estritamente econômica não pode preponderar em face de preceitos constitucionais que resguardam prioritariamente o direito à vida e à saúde, estes potencialmente prejudicados com o regular funcionamento do matadouro público. Aqui, no conflito de princípios e interesses públicos, deve ser privilegiado o interesse maior da saúde e aquele que leva a uma solução e não aquele mantém o problema. Cabe a responsabilidade ao Município em regularizar rapidamente o problema para resguardar todos os bens em conflito. Se a edilidade quer manter um matadouro próprio a sua obrigação é dotá-lo das condições necessárias para seu regular funcionamento e, enquanto isso não ocorre, deve permanecer interditado.** À unanimidade de votos, foi dado provimento ao presente recurso. (Recife, de 2013. Des. Antenor Cardoso Soares Júnior Relator ESTADO DE PERNAMBUCO PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Gabinete Des. Antenor Cardoso Soares Junior 2 "12" ESTADO DE PERNAMBUCO PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Gabinete Des. Antenor Cardoso Soares Junior "12") (grifamos)

64. Importante sublinhar, que a presente ação não cria qualquer despesa extraordinária para os demandados. Esses gastos já existiriam, ordinariamente, caso o Estado e o Município cumprissem de forma espontânea a lei posta, concretizando o saneamento devido na Vila de Alter-do-Chão.

V – TUTELA DE RISCO E PEDIDO COMINATÓRIO

65. As provas apresentadas (documentos, laudos técnicos e respostas dos órgãos e entidades questionadas) são robustas o suficiente para levar a um juízo de verossimilhança das alegações feitas na presente inicial.
66. Por outro lado, o perigo da demora da prestação jurisdicional, derivada da futura decisão de mérito, decorre da própria natureza da doença discutida nos autos, que é de fácil contaminação e disseminação, engendrando risco de epidemia. Tal risco torna-se patente com a proximidade do carnaval na Vila, bem como com o crescimento exponencial da doença no início do ano.

67. O evidente risco de contaminação é qualitativamente potencializado na medida em que percebemos que os alunos do Educandário informado na presente ação – consistindo em crianças e adolescentes – estão sob ostensiva ameaça de contaminação, já que ficou atestado que a água do bebedor da Escola encontra-se insatisfatória para o consumo humano.

> ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE USO CONTÍNUO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. MAL DE PARKINSON. Sendo dever do Estado a prestação de assistência farmacêutica aos necessitados, inclusive medicamentos para tratamento neurológico, resta presente a verossimilhança das alegações a amparar o deferimento de pedido de antecipação de tutela, uma vez que evidenciado o periculum in mora. (TRF 4 – n º 20020401539757/SC).

68. Sobre o *periculum in mora* em setor relacionado à prestação de serviços de saúde, apresentamos o seguinte entendimento da jurisprudência dominante: Todas essas afirmações estão respaldadas por laudos técnicos, e pela legislação apresentada nesta inicial que, além de atestam a procedência jurídica do risco de grave prejuízo à saúde pública com a demora da decisão jurisdicional final, servem também para caracterizar a existência de indícios mínimos da existência de um direito fundamental que está sendo preterido pela omissão estatal.
69. Todas essas afirmações estão respaldadas por laudos técnicos, e pela legislação apresentada nesta inicial que, além de atestam a procedência jurídica do risco de grave prejuízo à saúde pública com a demora da decisão jurisdicional final, servem também para caracterizar a existência de indícios mínimos da existência de um direito fundamental que está sendo preterido pela omissão estatal.
70. O *fumus boni juris* atrela-se ao conjunto de fontes formais e materiais do direito, mormente as regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais, pertencentes ao nosso ordenamento jurídico, que atestam a essencialidade do bem jurídico tutelado na presente ação. Estamos tratando, Excelência, nada mais nada menos, de saúde pública, de vida e de dignidade do ser humano.
71. A título de tutela de risco, o Ministério Público requer a expedição de ordem judicial liminar *inaudita altera pars,* por parte deste percuciente Juízo, para:

-

> **1º)- DETERMINAÇÃO DE INTERDIÇÃO IMEDIATA, DE PREFERÊNCIA ANTES DO EVENTO "CARNALTER", DE TODOS OS LOCAIS DO LAGO VERDE QUE SE ENCONTRAM CONTAMINADOS**

CONFORME OS LAUDOS TÉCNICOS CONSTANTES NOS AUTOS, ATÉ QUE SE FORNEÇA OUTROS LAUDOS TÉCNICOS, ATESTANDO A POTABILIDADE E A BALNEABILIDADE DAS ÁGUAS AFETADAS.

2º)- DETERMINAÇÃO DE INTERDIÇÃO IMEDIATA DO BEBEDOURO DA ESCOLA ANTÔNIO SOUSA PEDROSO, COM O FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL PARA TODOS OS ALUNOS, FUNCIONÁRIOS E PROFESSORES DO EDUCANDÁRIO EM HORÁRIO ESCOLAR.

3º)- CASO NÃO SE POSSA FORNECER ÁGUA POTÁVEL PARA O CONJUNTO DE PESSOAS ACIMA REFERIDAS, DETERMINAÇÃO PARA A INTERDIÇÃO DA ESCOLA ATÉ QUE SE EFETIVE A DESCONTAMINAÇÃO DO BEBEDOURO AFETADO NUM PRAZO MÁXIMO DE 30 DIAS.

4º)- NA SITUAÇÃO ACIMA, PARA QUE NÃO HAJAM PREJUÍZOS NO ENSINO AOS DISCENTES RESPECTIVOS, QUE O MUNICÍPIO CUSTEIE ALUGUEL DE ESPAÇO APROPRIADO PARA RECEBER TEMPORARIAMENTE TAIS ALUNOS E PROFESSORES, ATÉ A DESCONTAMINAÇÃO TOTAL DO BEBEDOURO DA ESCOLA.
5º)- DETERMINAÇÃO IMEDIATA DE FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO MUNICÍPIO E PROIBIÇÃO DE INGRESSO NO LAGO VERDE DE EMBARCAÇÕES (EX. BALSINHAS, BARCOS ETC.) QUE NÃO CONTENHAM BANHEIRO QUÍMICO, OU MECANISMOS QUE IMPOSSIBILITEM A ELIMINAÇÃO DE DEJETOS FECAIS *IN NATURA* NO MEIO AMBIENTE AQUÁTICO.

72. O Superior Tribunal de Justiça permite a aplicação de *astreintes* contra o Estado, nos casos em que estejam em jogo direitos qualificados pelo constituinte como de fundamental essencialidade; neste sentido:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. IDOSO. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECENDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. O entendimento pacífico desta Corte Superior é no sentido de que é passível ao juiz – *ex officio* ou a requerimento da parte -, em caso que envolvam o fornecimento

de medicamentos a portador de doença grave, determinar a imposição de multa cominatória (*astreintes*) contra a Fazenda Pública, objetivando o efetivo cumprimento da determinação judicial. Nesse sentido, os seguintes precedentes: Resp 154.283/RS, 2ª turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 18.09.2006, p. 303; Resp 775.233/RS, primeira turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 01.08.06, p. 380; (...)".

73. Desta forma, ainda no âmbito da presente tutela de urgência, o Ministério Público requer, liminarmente, o deferimento das seguintes medidas cominatórias:

1º)- No caso de descumprimento da medida liminar ora pleiteada, deverá incidir **multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais)**, **contra a pessoa física do chefe do Poder constituído ora demandado**, bem como contra o eventuais ordenadores de despesas municipais, agentes públicos da Administração Direta municipal, bem como, **cumulativamente, contra o Requerido (pessoa jurídica de direito público interno)**, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, inclusive improbidade administrativa.

2º)- Na ausência de orçamento apropriado para o custeio das medidas acima pleiteadas, que o recurso utilizado para sua realização advenha da rubrica orçamentária destinada à propaganda institucional; e, em segundo momento, dos recurso destinados ao pagamento de assessores especiais do Chefe do Poder Executivo e Secretário de Infraestrutura, caso existam tais agentes públicos.

VI – PEDIDOS FINAIS

74. Ante as razões exposta, o Ministério Público Estadual querer:

a) A citação do Réu para, querendo, apresentar resposta no prazo legal, sob pena de revelia e confissão ficta da matéria de fato.

b) A condenação definitiva do Réu, confirmando-se os pedidos e efeitos da tutela de urgência acima informada.

c) Que seja realizado o saneamento básico em toda a Vila de Alter-do-Chão e suas praias, conforme determina a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira aplicável, contemplando-se, dentre outros pontos, tratamento de esgoto, fornecimento de água tratada à comunidade da Vila, descontaminação de todas as praias da localidade.

d) Estabelecimento de regramento ambientalmente apropriado para o uso regular do Lago Verde por embarcações, que não poderão despejar

excrementos, dejetos ou lixo no meio ambiente aquático ou navegar na região sem a presença de equipamento adequado que evite este tipo de poluição.

e) Realização de campanha educativa ampla, efetiva e contínua com os habitantes e freqüentadores da Vila, informando, dentre outros pontos relacionais, regras fundamentais de higiene, bem como sobre a necessidade de se evitar hábitos que acarretem possibilidade de doenças próprias da ausência de higiene.

f) Instalação de lixeiras e banheiros químicos na Vila, em locais apropriados e em quantidade suficiente para atender a demanda, estando tudo tecnicamente comprovado.

g) Monitoramento trimestral dos níveis de qualidade da água das praias do balneário, com divulgação pública dos resultados.

h) Fiscalização trimestral das barracas comerciais existentes na região do Lago Verde e adjacências, no que concerne à manutenção de um padrão mínimo de higiene e limpeza dos produtos e serviços ofertados à população, com divulgação pública dos resultados.

i) Fiscalização anual da qualidade de toda água fornecida para consumo interno na Escola ANTÔNIO SOUSA PEDROSO, com divulgação pública dos resultados.

75. Pretende-se provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.
76. Dá-se a causa o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), computados para fins meramente legais, em virtude da incomensurabilidade do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, tutelados na presente ação.

Termos em que pede e espera deferimento.

Santarém/PA, 11 de fevereiro de 2015.

TULIO CHAVES NOVAES

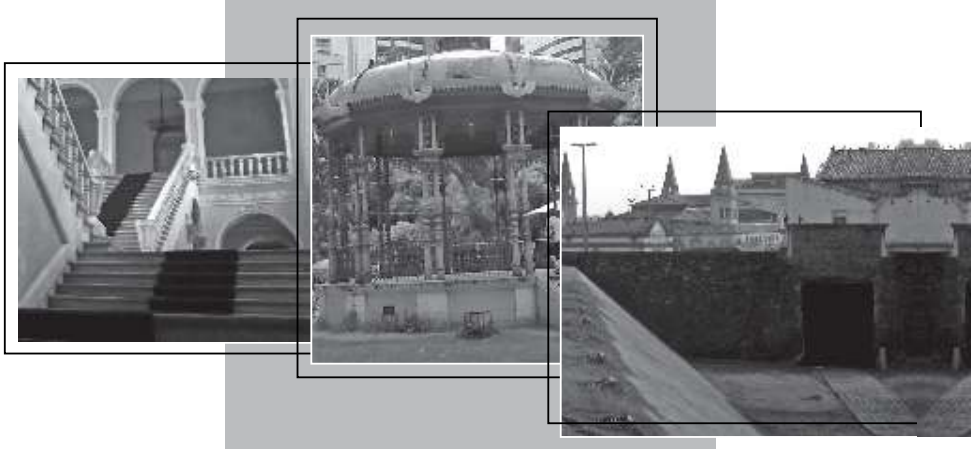
8ª. Promotoria de Justiça Cível de Santarém

MARIA RAIMUNDA DA SILVA TAVARES

9ª. Promotoria de Justiça Cível de Santarém

LUZIANA BARATA DANTAS
Coordenadora das Promotorias em Santarém

Entrevista



Prof. Henrique Mouta

O novo Código de Processo Civil e as mudanças trazidas para o ordenamento jurídico pátrio, com os reflexos na vida cotidiana do cidadão. A intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica no processo civil, as alterações importantes e principais novidades do sistema recursal, a subtração do instituto do incidente de coletivização das demandas no texto aprovado, a ampliação da atuação do *amicus curiae* nos Tribunais Superiores, esses e outros temas foram abordados na entrevista especial desta edição com o Professor Doutor Henrique Mouta.

O entrevistado fez Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2006) e estágio de pós-doutoramento na faculdade de direito da Universidade de Lisboa (2009). É professor titular da Universidade da Amazônia (Unama), do Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa), da Faculdade Ideal (Faci) e da Faculdade Metropolitana de Manaus (Fametro), É membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados do Pará, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, procurador do Estado do Pará e advogado, atuando principalmente nas seguintes áreas: pós-graduação, processo constitucional, sentença, coisa julgada, execução e reformas processuais.

É palestrante e conferencista em eventos jurídicos realizados no país e ainda autor de artigos e livros jurídicos.

Prof. Henrique Mouta[1]

1. A intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica no processo civil foi melhor disciplinada? O que mudou?

R. Com certeza. Houve um aprimoramento de sua atuação, inclusive com um capítulo próprio (arts. 176-181), além de criação de novos instrumentos para sua intervenção, como, por exemplo: a) a participação efetiva na conciliação e mediação; b) possibilidade de alegação de incompetência relativa; c) instauração do incidente de desconsideração da pessoa jurídica e d) atuação nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas.

2. As regras que determinam o atendimento da ordem cronológica de conclusão de processos para julgamento atende as prioridades fixadas na constituição e nas leis? Existem consequências para o juiz nos casos de desatendimento da ordem? Quais as garantias de atendimento para as partes?

R. A ordem cronológica foi fixada nos art. 12, do CPC/15 e visa dar maior transparência à atuação judicial. O dispositivo, além de atender aos ditames normativos, estabelece as exclusões em relação à regra de conclusão. Haverá o dever de dar publicidade, inclusive pela internet, com o objeto de fiscalização de seu atendimento. A corregedoria dos tribunais e o próprio CNJ poderão ser provocados em caso de não atendimento às diretrizes do art. 12, do CPC/15.

3. Quais as semelhanças e as diferenças que podem ser assinaladas entre os institutos da tutela provisória de urgência e a tutela da evidência do NCPC com as já consagradas na antecipação de tutela e as liminares em providências cautelares?

R. Esta pergunta é extremamente complexa e interessante. O CPC/15 trata das tutelas provisórias como gênero, com duas espécies (urgência e evidência). Em seguida consagra a cautelar e a antecipada como tutelas de urgência. A principal diferença entre a tutela provisória de urgência e de evidência é que aquela possui como requisitos a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, enquanto esta é concedida independente de perigo ou risco, sempre que existir o abuso do direito de defesa ou tese em favor do autor firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

4. Houve alteração importante do sistema recursal? Quais as principais novidades a serem destacadas? O NCPC estabeleceu a fungibilidade entre os recursos extraordinário e especial?

[1] Por Dr. Frederico Augusto de Moraes Freire, Titular do 2º cargo de Promotor de Justiça de Abaetetuba do Ministério Público do Estado do Pará.
Texto de Apresentação por Assessoria de Imprensa do Ministério Público do Estado do Pará.

R. Muitas modificações e ajustes ocorreram nos recursos. Destaco estes como os principais aspectos do NCPC: a) irrecorribilidade imediata da maioria das decisões interlocutórias, exceto as que estarão sujeitas ao agravo de instrumento (art. 1015, do CPC/15); b) ampliação do efeito devolutivo da apelação, para alcançar matérias decididas no curso do processo (art. 1009, §1º); c) supressão do agravo retido e dos embargos infringentes (que serão substituídos pelo incidente de uniformização de votos – art. 942); d) maior detalhamento das hipóteses de cabimento dos embargos de declaração e do agravo interno; e) retirada da dupla admissibilidade dos recursos de apelação, especial e extraordinário, passando a ser feita apenas pelos órgãos *ad quem*; f) criação do incidente para obtenção de efeito suspensivo aos recursos. Ademais, o CPC/15 elenca vários dispositivos voltados aos recursos junto aos tribunais superiores, inclusive em processos repetitivos, com permissão expressa de fungibilidade (art. 1033) e de primazia do mérito.

5. O STF tem apresentado críticas às disposições que admitem reclamação diante decisões que contrariem súmulas vinculantes e precedentes em causas repetitivas, sustentando terem sido criadas novas portas de acesso direto à corte e receio de ampliação do número de processos para lá dirigidos. O receio tem fundamento?

R. Um dos pilares do novo CPC é o sistema de precedentes, inclusive com vários dispositivos indicando a necessidade de atendimento das decisões dos tribunais. Como consequência natural, existirá uma ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação, especialmente nos casos previstos no art. 988, IV. Assim, se de um lado haverá a ampliação da força das decisões dos tribunais, de outro o novo sistema trará uma maior quantidade de reclamações, pelo que as Cortes devem estar preparadas para esta ampliação do número de requerimentos pautados no art. 988, do CPC/15.

6. Frustraram-se as perspectivas de instituição do incidente de coletivização das demandas no NCPC? A subtração do instituto no texto aprovado foi acertada ou deixamos de colher uma alteração importante para o acesso à justiça?

R. Particularmente acredito que sim, pois a conversão da ação individual em coletiva (prevista para o art. 333, do CPC/15) serviria como um importante instrumento para o sistema de coletivização dos conflitos. Contudo, mesmo sendo vetado, existirão outros dispositivos consagradores desse ideal de transformação de causas individuais em coletivizadas, como o IRDR e os recursos especiais e extraordinários repetitivos.

7. O que se deve esperar das determinações para que sejam mantidos nos tribunais a uniformização da jurisprudência, observando estabilidade, integridade e coerência?

R. Os três dispositivos mais importantes do sistema de precedentes são, a meu ver, os arts. 926, 927 e 928, do CPC/15. Assim, para o que esse sistema efetivamente alcance o resultado esperado, deverá o próprio tribunal uniformizar e estabilizar sua jurisprudência. Ao fazer isso de forma correta, a vinculação interpretativa dos órgãos a

ele vinculados ocorrerá de forma escorreita e o NCPC alcançará o seu objetivo. Espero que esses dispositivos sejam efetivamente atendidos pelos magistrados de todas as instâncias.

8. A exigência de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo, pela sentença ou acórdão, capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, contraria o entendimento hoje pacífico dos tribunais sobre a desnecessidade de enfrentamento de todas as teses levantadas pelas partes quando a solução encartada estiver suficientemente fundamentada?

R. Acredito que não. O art. 489, §1º apenas aprimora os preceitos ligados à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88). As alegações infundadas e protelatórias continuarão sendo tratadas com repulsa, inclusive no caso de utilização de embargos declaratórios protelatórios (art. 1026, §§2º a 4º).

9. Existe fundado receio de prejuízo para a independência funcional dos juízes e à razoável duração do processo, com a perspectiva de aplicação das regras insertas no art. 489, §1°, do NCPC? Estariam os juízes e os tribunais obrigados a rebater inclusive os fundamentos impertinentes?

R. Penso que não. Como mencionei anteriormente, um dos pilares do novo CPC diz respeito ao sistema de precedentes e a obrigatoriedade de atendimento às decisões dos tribunais. Portanto, a fundamentação é essencial para a correta aplicação desse sistema. As decisões judiciais terão que enfrentar os precedentes suscitados pelas partes, para conclusão se há distinção ou superação, em relação aos casos concretos. Os argumentos impertinentes e protelatórios continuarão sendo rejeitados pelos julgadores, inclusive com aplicação de multa, como nos casos de embargos de declaração ou agravo interno inadvertidamente apresentados.

10. A previsão de aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça a pessoa que de qualquer forma participe do processo alcança o representante de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, mesmo quando não integre pessoalmente a relação jurídica, nas hipóteses previstas no incisos IV e VI do art. 77, do NCPC?

R. O CPC/15 expressamente ressalta que os §§2º a 5º, do art. 77, não se aplicam aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público. Estes profissionais, portanto, estarão sujeitos a responsabilidade disciplinar a ser apurada pelo órgão de classe ou corregedoria, mediante provocação judicial (art. 77, §6º, c.c 181, 184 e 187, do CPC/15).

11. Restou consagrado no NCPC a figura do amicus curiae nos tribunais superiores? Em que casos poderá haver sua participação no processo? Pode-se afirmar que assim

foi consagrada a participação social na função jurisdicional reservada para os casos complexos?

R. Na verdade, o CPC/15 ampliou a atuação do amicus curiae, o incluindo como modalidade autônoma de intervenção de terceiro (art. 138). Assim, além da participação nos tribunais superiores, será possível a sua presença em qualquer processo, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia. Portanto, houve uma democratização da atuação desta importante figura processual, com participação em todos os casos concretos que se enquadrem nos requisitos elencados no art. 138.

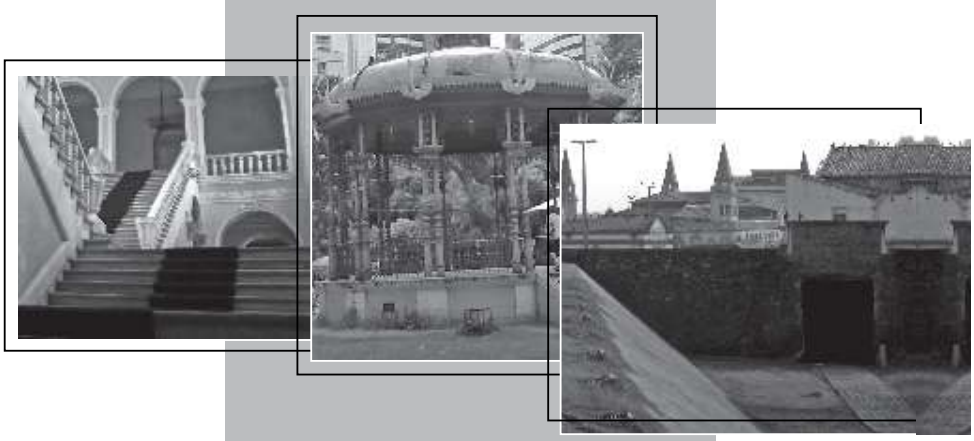
12. Os advogados públicos consolidaram a conquista de participar do recebimento de honorários diante de sucesso nas causas em favor da fazenda?

R. Houve previsão expressa de recebimento de honorários pelos advogados públicos (art. 85, §19, do CPC/15), nos termos da lei. Portanto, nos casos em que inexistir legislação específica nesse sentido, deverá ser providenciada para a efetivação desta conquista.

13. Estaremos prontos para a aplicação das regras do NCPC em sua integridade após a *vacatio legis*?

R. Esta é a pergunta principal que deve ser feita neste ano de 2015. Temos muito trabalho pela frente, que passa pelo estudo e compreensão das diretrizes do novo Código e aprimoramento técnico de todos aqueles que atuam com os processos judiciais. Temos que nos preparar, com mudanças nos regimentos internos dos tribunais, programas de informática e no gerenciamento do processo como um todo, para evitar atropelos com a entrada em vigor do NCPC, em março/2016.

Sugestões de Leitura



SUGESTÕES DE LEITURA

ALVES, José Maria Eiró (Coord.). *Ética e direitos fundamentais:* Estudos em memória do Prof. Washington Luís Cardoso da Silva. Rio de Janeiro: GZ, 2015. xii, 143 p. Coletânea de autores. ISBN 9788562027574.

Sinopse – tópicos do sumário:

Ética, responsabilidade civil e internet. Amadeu dos Anjos Vidonho Júnior. -- Da desconstrução do maniqueísmo moral de base religiosa em Nietzsche à efetivação de direitos fundamentais culturais diante do sincretismo religioso em Belém. José Maria Eiró Alves -- Deveres éticos e responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas. Fabrício Vasconcelos de Oliveira. -- Engenharia genética e os direitos da personalidade: A manipulação genética com fins medicinais. Frederico Antônio Lima de Oliveira e Cristina Sílvia Alves Lourenço. -- A 'Lei da ficha limpa', a limpeza ética no país e os bons juízes. José Edvaldo Pereira Sales. -- A ética da liberdade como fundamento da tutela jurídica dos direitos da liberdade. Paulo Mauricio Sales Cardoso. -- A relação médico-paciente à luz dos princípios da bioética e do biodireito. Bárbara Tuanni Veloso da Silva e Rafael Tarlann Veloso da Silva. -- Refúgios e refugiados climáticos. Georgenor de Sousa Franco Filho.

ALVIM, Arruda (Coord.) et al. *Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC:* estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. Prefácio: Arruda Alvim, Prefácio: Thereza Alvim, Prefácio: José Maria Tesheiner. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 988 p. Inclui notas explicativas, bibliográfica, de jurisprudência e bibliografia ao final de cada capítulo. ISBN 9788520351741.

Sinopse apresentada pela Editora:

"O presente trabalho representa a justa homenagem prestada por alunos, amigos e admiradores do Professor Araken, que puderam contribuir com artigos científicos versando os mais variados temas de direito processual civil, com enfoque, sobretudo, na área em que o Professor Araken transita com inegável sabedoria, a saber, a execução. O homenageado é jurista de invejável lucidez, foi professor do curso de mestrado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, desembargador do TJRS e membro do Egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Contribui ainda com diversas obras, indispensáveis em qualquer biblioteca jurídica".

ANDRADE, Adriene de Faria; FARIA, Márcia Prímola de. *As mudanças na Contabilidade Pública e seus reflexos nos Tribunais de Contas.* Colaborador: Bernadete Carvalho Soares de Aguiar, Colaborador: Ana Flávia de Sousa e Loures. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 295 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e índice. ISBN 9788545000402

Sinopse apresentada pela Editora:

"Nos quatro capítulos que compõem esta obra, busca-se apresentar a evolução histórica da contabilidade pública brasileira; uma noção geral sobre a contabilidade aplicada ao setor público, dando ênfase às principais mudanças decorrentes do processo de convergência às normas internacionais; abordar os desafios enfrentados pelos Tribunais de Contas, como entidades fiscalizadoras e usuárias da contabilidade pública, relatando inclusive a experiência da Corte de Contas mineira; finalmente, são traçadas as perspectivas diante do novo cenário. Com isso, espera-se contribuir para a divulgação das mudanças ocorridas na contabilidade governamental e de seus reflexos nos profissionais da área pública, nas entidades que adotam tal contabilidade e nos Tribunais de Contas".

BASSO, Ana Paula (Coord.) et al. *Direito e desenvolvimento sustentável:* Desafios e perspectivas. Curitiba: Juruá, 2013. 306 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas, bibliografia e índice alfabético. ISBN 9788536241937.

Sinopse apresentada pela Editora:

"A obra Direito e Desenvolvimento Sustentável: Desafios e Perspectivas examina tópicos fundamentais para a atualidade, de modo que se fala concomitantemente em crescimento e crises nas distintas nações do globo. A temática proposta reconhece a importância do estudo do desenvolvimento revestido do caráter da sustentabilidade nos seus mais diversos aspectos. Nessa linha, opera-se o imperativo de se pensar as normas do Direito como orientadoras de um desenvolvimento no seu mais amplo sentido e que perquira satisfazer as necessidades da atual e das futuras gerações. Concentram-se no presente instrumento análises do Direito, do desenvolvimento e da sustentabilidade em suas mais distintas demonstrações, incluindo estudos nas áreas de direitos humanos, constitucional, internacional, administrativo, penal, econômico, tributário, processual, trabalho e consumo, assim como arrola pesquisas comparativas a contextos e peculiaridades locais e históricas. Os estudos aqui postos por este livro aportam diversas análises do Direito, chamando a atenção para que sejam adotadas estratégias de desenvolvimento sustentável em diversos setores, sejam eles humanos, políticos, econômicos, sociais e ambientais, tanto numa visão nacional, quanto internacional. Embora esses setores sejam tratados individualmente nos textos por seus respectivos autores, a obra coletiva permite que o seu leitor perceba na completude do seu conteúdo que, para alcançar o desenvolvimento equilibrado e sustentável, são necessárias políticas e estratégias harmonizadoras que reúnam esses distintos setores."

BEM, Leonardo Schmitt de (Coord.) ; MARTÍNEZ, Rosario de Vicente (Coord.). *Direito desportivo e conexões com o direito penal.* Curitiba: Juruá, 2014. 564 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e índice alfabético. ISBN 9788536246062.

Sinopse apresentada pela Editora:

"A presente obra reúne trabalhos de duas importantes áreas - Direito Desportivo e Direito Penal - que, de forma cada vez mais contundente, se inter-relacionam para contribuir com seus estudos e pesquisas em virtude da crescente importância do esporte na sociedade atual. São artigos elaborados por estudiosos e profissionais nacionais e internacionais das áreas respectivas e que abordam temas sobre o "Doping" Esportivo, Delitos Econômicos no Esporte e Violência Esportiva. As considerações apresentadas pelos renomados autores que escrevem para este livro certamente servirão para aperfeiçoar o conhecimento sobre esta jovem área jurídica desportiva, que traz desafios aos profissionais e aos operadores do Direito".

BORGES, Gustavo. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014. 338 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas, de jurisprudência e bibliografia. ISBN 9788522489527.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Nesta obra, de modo inovador, o autor desenvolve um profundo estudo com características, ao mesmo tempo, interdisciplinares e práticas. O autor examina, detidamente, e de forma crítica, o panorama jurisprudencial brasileiro da responsabilidade civil por erro médico nas cirurgias plásticas, tendo como objetivo fazer uma (re)visitação no objeto desta pesquisa, detectando as consequências jurídicas dela decorrentes. O livro traz uma visão atual e crítica que proporciona um ensaio para além das fronteiras jurídicas, o autor, então, desenvolve este trabalho sobre as matrizes constitutivas do diálogo entre o Direito e o instrumental teórico que outras áreas do conhecimento nos oferecem, especialmente a Sociologia, a Psicanálise, a Medicina e a Bioética, sem perder de vista o porto jurídico de onde se parte e para onde se regressa ao final, com o objetivo de apresentar um profundo olhar sobre o tema pesquisado".

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Prefácio: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. 438 p. Inclui notas explicativas, de jurisprudência e bibliografia; Texto em português. Resumos em português e italiano. ISBN 9788571478466.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Do reconhecimento do afeto que constitui o âmago das relações familiares à imperiosa superação de um modelo único e estanque de família, cujo alicerce maior se verifica em um Código que ignora a realidade que o circunda, emerge, nesta oportunidade, um trabalho primoroso, que apreende a pluralidade das fontes normativas e vence o reducionismo codificador. Destarte, com os olhos no futuro, mas sem descurar da realidade fática e normativa do presente, o autor briosamente investiga a família como

espaço para a livre realização correlacional de seus integrantes, as novas formas de convivência familiar e como essas questões vertem novos desafios para o Direito frente à racionalidade da contemporânea estrutura jurídica brasileira, cujo legado positivista convive com a busca pela superação do formalismo. Eis que se apresenta à comunidade jurídica um hodierno e salutar contributo à coeva feição do Direito da(s) Família(s)".

CASTRO, Cássio Benvenutti de. *Ação anulatória.* Curitiba: Juruá, 2014. 377 p. De acordo com o CPC/73 e o Projeto no novo CPC; Inclui notas explicativas, bibliográficas, bibliografia e índice alfabético. ISBN 9788536247519.

Sinopse apresentada pela Editora:

"A presente obra estuda o art. 486 do Código de Processo Civil e o art. 929 do Projeto de Novo CPC. Embora destinado primordialmente a uma interpretação desses dispositivos, o operador do direito observará que o livro trata de uma verdadeira teoria analítica sobre as sucessivas e recentes reformas do processo civil, pois compara as influências legadas pelas escolas processuais que orientaram as modificações da legislação brasileira, deixando evidente que o aproveitamento ou o desprezo de algum instituto processual, seja pelo jurista ou pelo prático, depende da lente científica que ilustra o raciocínio jurídico de cada um deles.

O pressuposto inicial do trabalho é localizar o ato "do" processo como um gênero do qual são espécies o (a) ato processual típico e o (b) ato processualizado, o que significa romper com o primado unificador que caracterizava todo o ato que ocorre no processo como um mero ato processual típico. Cada uma dessas espécies - ato processual típico e ato processualizado - possui uma peculiar fonte normativa, uma estrutura interna diferenciada e, também, produz efeitos que não podem ser confundidos entre si. Assim, o destaque que se aprofunda à essência do ato "do" processo permite a separação dos objetos e, dessa maneira, define que para cada objeto diferente existe uma modalidade impugnativa específica, organização pautada pelo formalismo processual. Em outras palavras, o objeto da impugnação é o referencial que possibilita a esquematização do meio impugnativo cabível, uma questão de método."

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 120 p. Aspectos materiais e processuais da Lei n. 12.318, de 26-8-2010; Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia; Fechamento desta edição: 16/12/2013. ISBN 9788502220119.

Sinopse apresentada pela Editora:

"A interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente por um dos genitores, ou qualquer outra pessoa, para repudiar ou rejeitar o outro genitor foi intitulada pela Lei 12.318/2010 como "Alienação Parental". Os comentários dos autores

aos dispositivos desta polêmica Lei são precisos e pontuais, sendo possível afirmar que se trata de consulta obrigatória a profissionais e estudantes. A obra está atualizada de acordo com jurisprudências recentes".

FREIRE, Alexandre (Org.) et al. *Novas tendências do processo civil:* Estudos sobre o projeto do novo Código de processo civil. Salvador: JusPODIVM, 2013. 891 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas, de jurisprudência e bibliografia ao final de cada capítulo. ISBN 8577618099. - 9788577618095.

Sinopse apresentada pela Editora:

"... Caráter dialógico da gestação do novo Código de Processo Civil. A comissão responsável pela elaboração do seu anteprojeto realizou diversas audiências públicas por todo o Brasil; inúmeras propostas foram encaminhadas à comissão, sendo que várias foram acolhidas; no Congresso, novas rodadas de audiências públicas e colheita de sugestões enriqueceram o debate. Submetendo-se, dessa forma, ao mais genuíno batismo democrático, o novo Código deve ser reconhecido como uma importante conquista da sociedade brasileira, aguardada com a expectativa própria dos grandes acontecimentos e, por isso mesmo, alvo da atenção dos acadêmicos e operadores do Direito."

FREIRE, William (Org.); MATTOS, Tiago de (Org.). *Aspectos controvertidos do direito minerário e ambiental:* Enfoque multidisciplinar. Belo Horizonte: Jurídica Editora, 2013. 432 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia ao final de cada capítulo. ISBN 9788588904224.

Sinopse apresentada por William Freire Advogados Associados Editora:

"Longe da pretensão de esgotar as atuais e mais variadas discussões que envolvem o Direito Minerário e o Direito Ambiental, esta obra busca enfrentar – e alinhar – os aspectos técnicos e jurídicos que envolvem as duas matérias. Aborda questões polêmicas e intrigantes acerca destas duas ciências ainda pouco exploradas pela doutrina e jurisprudência, apresentando opiniões críticas sobre pontos relevantes que desafiam o cotidiano de profissionais da área. Ao misturar conceitos de metalurgia, finanças públicas, hermenêutica, engenharia e espeleologia, propõe uma visão contemporânea do Direito Minerário e do Direito Ambiental no Brasil, demonstrando, de forma objetiva, a necessária leitura multidisciplinar destas matérias para uma melhor compreensão dos seus impactos legais".

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil:* estudos de casos e ligações para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 436 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia. ISBN 9788545000334.

Sinopse apresentada pela Editora:

"O foco do livro é examinar grandes escândalos de corrupção verificados no Brasil nos últimos 15 anos. O objetivo específico deste trabalho é identificar: Causas ou vulnerabilidades existentes na legislação, as estruturas e órgãos de controle que propiciaram à ocorrência de fraudes e desvios; e Medidas administrativas e judiciais eventualmente tomadas pelas autoridades públicas para corrigir as falhas no sistema, punir os responsáveis e recuperar os dinheiros públicos desviados. O objetivo, por meio do exame dos escândalos noticiados nos mais importantes meios de comunicação do Brasil, é fazer o acompanhamento passo a passo de cada uma das medidas adotadas para concluir, ao final, que a punição dos culpados e o adequado funcionamento das estruturas administrativas constituem a única forma de se combater efetivamente a corrupção pública".

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. *Ato infracional e direitos humanos:* A internação de adolescentes em conflito com a lei. Campinas (SP): Servanda, 2014. 248 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia; Apresentado originalmente como trabalho final do autor (especialização) -- Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Sistema de Justiça Criminal, Academia da Polícia Civil de São Paulo; Apêndice: dados sobre a internação no estado de São Paulo. ISBN 9788578900816.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Já se passaram mais de seis décadas desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos a qual, publicada aos 10 de dezembro de 1948, mas, também, não imune a inúmeros percalços durante o período, inovou, enchendo-nos de esperanças rumo à pretendida igualdade entre todos, desde o nascimento, ainda abalados pelo terror e morticínio em massa, sem precedentes, da 2ª Guerra Mundial, partindo-se, agora, de uma concepção ampla e pluralista, não excludente, a que faz jus, portanto, toda a comunidade humana e, não apenas, parte dela, respeitada, porém, a individualidade inerente a cada um, mulheres e homens, adolescentes e adultos, indistintamente. No que tange à infância e juventude, passou-se a adotar a chamada doutrina da proteção integral em se tendo por escopo o reconhecimento de cada criança e adolescentes quão sujeitos de direito e protagonistas de suas próprias histórias, cuja vivência começa a ser escrita por eles; não mais por terceiros. De acordo à Magna Carta brasileira: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (Artigo 227, caput), antecipando-se o constituinte à Convenção sobre os Direitos da Criança, das Nações Unidas, datada de 1989. Ao decorrer do presente trabalho, tratar-se-á, objetivamente, do adolescente às voltas com a Justiça

e, nesse recorte, da internação em suas múltiplas vertentes que, de todas as sanções sinalizadas pelo ECA, constitui-se na mais severa delas, de caráter nitidamente penal, perante a retirada do jovem, entre doze e dezoito anos e, excepcionalmente, até os vinte e um anos incompletos do seu habitual convívio social".

LIMA, Renato Sérgio de (Org.); RATTON, José Luiz (Org.); AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil.* São Paulo: Contexto, 2014. 636 p. Inclui bibliografia. ISBN 9788572447447.

Sinopse apresentada pela Editora:

"A área de estudos sobre crime e violência no Brasil vem ganhando espaço nos últimos 40 anos. Importantes pesquisas empíricas somadas a uma reflexão própria da realidade brasileira foram produzidas. Faltava, porém, um livro de referência à semelhança dos handbooks de tradição anglo-saxã, oferecendo um quadro do "estado da arte" dessa área de pesquisa. Crime, política e justiça no Brasil mapeia e apresenta as principais abordagens e focos temáticos dos estudos sobre a área no país. Dessa forma, a obra traz não apenas as principais correntes da literatura internacional, como também incorpora os avanços teóricos e metodológicos produzidos no Brasil. Os capítulos permitem ao leitor um panorama privilegiado da multiplicidade de posições, abordagens e aproximações institucionais e disciplinares que configuram e dão dinamismo ao corpus teórico e conceitual de um campo de estudos que tem crescido de forma acentuada nos últimos 15 anos. Novas fronteiras estão bem delimitadas, como aquelas dedicadas pioneiramente ao estudo das prisões, e outras estão ainda em formação, como é o caso dos estudos sobre políticas de segurança pública e políticas sobre drogas. Na intersecção dessas fronteiras, temas clássicos da Criminologia e das Ciências Sociais, como violência contra mulheres, direitos humanos, discriminação racial, administração da justiça e conflitos sociais, ajudaram a guiar as pesquisas e os debates intelectuais da área".

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental:* Importância da detecção; Aspectos legais e processuais. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 158 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas, de jurisprudência e bibliografia. ISBN 9788530956936.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Para os autores Ana Carolina Madaleno e Rolf Madaleno, profissionais com ampla experiência em Direito de Família, a obra traz um estudo da alienação parental que mostra seus critérios de identificação, estágios, consequências e tratamentos. Por fim, é apresentada uma análise da Lei "da Síndrome da Alienação Parental" – Lei 12.380 de 2010, comentada artigo por artigo, e sua aplicação nos tribunais".

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica:* (In)compatibilidades entre a tópica e o processo. Prefácio: Fredie Didier Jr, Apresentação: Fernando Horta Tavares. Curitiba: Juruá, 2014. 579 p. Inclui índice alfabético remissivo e notas bibliográficas. ISBN 9788536247090.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Com enfoque pioneiro, o presente livro é dividido em duas grandes partes. Na primeira, intitulada "Tópica", o autor enfrenta o tema dentro da Filosofia e da Filosofia do Direito. Para tanto, reestuda criticamente Aristóteles, Cícero, Vico e Viehweg, apresentando as principais características da tópica filosófica e jurídica em cada um dos estudiosos citados. Já na segunda parte, intitulada "Tópica e Processo", o autor apresenta o Processo Constitucional, as características do discurso processual no Direito Democrático, as incompatibilidades entre a sobredita técnica argumentativa e o discurso processual, para, ao final e de modo prático, demonstrar como os tribunais brasileiros têm utilizado a tópica jurídica como meio de raciocínio e fundamentação das decisões. Nos últimos capítulos, há vários comentários aos acórdãos do STF e outros tribunais brasileiros, isso com o foco exclusivo na técnica de argumentação utilizada. Além disso, quanto à atividade editorial, trata-se de livro atemporal, não sendo necessárias atualizações periódicas, sendo que nem mesmo a aprovação do projeto de um novo Código de Processo Civil ou Penal será capaz de alterar as ideias expostas neste trabalho. O presente livro ainda não encontra concorrentes no mercado editorial, porquanto não foi feita uma correlação entre a Tópica e o Processo, ao menos, não do modo aqui realizado".

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes:* Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 128 p. ISBN 9788520354025.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Surgiu o momento de discutir os motivos pelos quais, apesar da evolução do nosso direito, muitos convivem com naturalidade com um direito incoerente e com um sistema judicial despido de racionalidade; Busca-se, ao final, demonstrar a fundamentalidade dos precedentes para a unidade e o desenvolvimento do direito, a clareza e a generalidade, a promoção da igualdade, o fortalecimento institucional, a limitação do poder do Estado, a previsibilidade, a racionalidade econômica e o respeito ao direito; A eticização dos precedentes, além de estar relacionada a todos estes fatores, implica ver que o respeito aos precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal; A ética dos

precedentes, assim, é a melhor justificativa do novo Código de Processo Civil, que tem na preocupação com a estabilidade do direito o seu ponto forte."

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2a ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 256 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas, de jurisprudência e bibliografia; Fechamento desta edição: 04/07/2014. ISBN 9788520352656.

Sinopse apresentada pela Editora (Da 'Introdução' dos Autores):

[...] "em tempos pós-modernos estes novos sujeitos identificados pelo direito reivindicarão sua própria lei, leis especiais subjetivas e protetivas do diferente, do vulnerável. Assim o serão o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, dentre outros diplomas legais. Estas leis, então, acabam por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertencia o sujeito, no caso, o Direito Civil. Trata-se, porém, de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade.(Da Introdução dos AUTORES.)".

MARQUES, Gérson (Coord.); MARANHÃO, Ney (Coord.). *O mundo do trabalho e as novidades normativas na perspectiva da Magistratura e do Ministério Público: homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, 2014. 296 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia ao final de cada artigo. ISBN 9788536128085.

Sinopse apresentada pela Editora:

"O Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e Ministério Público do Trabalho (IPEATRA), perante a comunidade jurídica, vem prestar sua homenagem ao saudoso Ministro Arnaldo Süssekind, falecido em 2012, jurista escol e um dos autores da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - referência normativo-laboral no Brasil e que, este ano, logra êxito em alcançar seu 70º aniversário".

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes*: A eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. Prefácio: Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: Juruá, 2014. 235 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas, de jurisprudência, bibliografia e índice alfabético remissivo. ISBN 9788536247670.

Sinopse apresentada pela Editora:

"A obra analisa a eficácia vinculante dos precedentes, que encontra bases firmes na tese da transcendência dos motivos determinantes da decisão como fio condutor para a irradiação de efeitos para outras ações. O que se percebe, nesse sentido, é acrescente busca pelo mundo do Direito, em especial, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da garantia de respeito aos valores de segurança jurídica, coerência e uniformidade nas decisões judiciais proferidas pelos Tribunais no exercício de sua Jurisdição Constitucional. O objetivo principal deste trabalho é analisar especificamente a presença de normas, técnicas e instrumentos na Constituição Federal e nas leis processuais pátrias, que evidenciam a aceitação e o grau de respeito que a teoria dos precedentes vinculantes detém na cultura jurídica brasileira, sobretudo considerando as reformas legislativas que se materializaram nos últimos anos e que moldaram as linhas do processo civil contemporâneo".

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014. 232 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia. ISBN 9788502207127.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Esta obra é resultado de uma profunda investigação científica que aponta para construção (ou reconhecimento) de um referencial autônomo que permita compreender os diferentes contextos de vitimização e criminalização das mulheres. Por meio de uma vasta análise bibliográfica no campo da história, da sociedade, da filosofia, do direito e da teoria feminista, a Autora buscou elementos que possibilitassem a realização do trabalho "artesanal" de "coser" elementos para "uma" criminologia feminista. O livro traz a evolução da ciência criminológica e seus paradigmas e situa o papel de extrema submissão da mulher, em todos os níveis, no decorrer da história (desde o século XVIII), mostrando como isso influenciou na visão preconceituosa de sua imagem nos tempos de hoje.

Em seguida, destaca a evolução dos diferentes "poderes" que se articularam (e alguns ainda se articulam) para a criminalização e vitimização das mulheres (intitulados de "custódia" da mulher – o conjunto de tudo o se faz para reprimir, vigiar e encarcerá-la). Demonstra-se que, ao longo da história, a mulher teve papel de mero "objeto" da política criminal, tanto por motivos religiosos, como médicos e até jurídicos".

PARÁ. Tribunal Regional Eleitoral. Comentários à lei das eleições: Lei nº 9.504/1997. Coordenação: Leonardo de Noronha Tavares, José Edvaldo Pereira Sales e Juliana Rodrigues Freitas. Belém: Tribunal Regional Eleitoral do Pará; Escola Judiciária Eleitoral do Pará, 2014. 284 p.Coletânea de autores.ISBN 9788568821008.

Sinopse – tópicos do sumário:

Coligações e convenções; Registro de candidatos; Arrecadação e prestação de contas; Pesquisas e propaganda eleitoral; Pesquisas e testes pré-eleitorais; Propagandas eleitorais específicas; Propaganda eleitoral na imprensa; Do direito de resposta; Sistema eletrônico, fiscalização e mesas; Condutas vedadas; Disposições transitórias; Disposições finais. Jurisprudências (Eleições no Estado do Pará).

RAMINA, Larissa (Coord.); FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coord.). Direitos humanos, meio ambiente e segurança. Prefácio: Valerio de Oliveira Mazzuoli. Curitiba: Juruá, 2014. 333 p. (Coleção Direito Internacional Multifacetado, 2). Inclui notas explicativas, bibliográficas, bibliografia e índice. ISBN 9788536247830.

Sinopse apresentada pela Editora – tópicos do sumário:

"Coletânea de autores, apresenta no sumário: Direito ambiental internacional; Meio ambiente e segurança internacional; Mudança climática e migrações humanas; A possibilidade e a urgência de um ethos planetário; Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; Desenvolvimento sustentável; O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos".

RIBAS JUNIOR, Salomão. Corrupção pública e privada: quatro aspectos; ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 348 p. ISBN 9788577009275.

Sinopse apresentada pela Editora:

"A presente obra aborda o tema da Corrupção Pública e Privada, analisando o fenômeno da corrupção em quatro aspectos concretos: ética dos servidores públicos; contratação pública; financiamento de partidos políticos; e controle da Administração, os quais são desenvolvidos cuidadosamente no decorrer do livro, chamando a atenção para aspectos importantes como o financiamento político-eleitoral, compras e contratos com a Administração Pública, bem como, examinando as causas, consequências, dimensões e formas de controle, com vistas a combater o fenômeno da corrupção. Ao final, são sugeridas algumas medidas administrativas, políticas, jurídicas e legislativas com o intuito de prevenir e combater a corrupção pública e privada no Brasil".

RIBEIRO, Leonardo Coelho (Coord.); FEIGELSON, Bruno (Coord.); FREITAS, Rafael Véras de(Coord.). A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos aeroportos ferrovias rodovias. Prefácio: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Apresentação: Nelson Carlini. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 569 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia. ISBN 9788577009701.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Apesar do grande interesse dos investidores em infraestrutura no Brasil, o ritmo dos investimentos público e privado no setor está muito aquém do necessário. Para avançarmos na tentativa de suprir essa conhecida carência, é essencial o entendimento dos marcos regulatórios e sua evolução, além de aspectos relevantes da legislação ambiental. Estes são temas que o investidor encontra neste livro, abordados em textos cuidadosamente elaborados por destacados professores de Direito e advogados de grandes empresas ligadas à infraestrutura e mineração. Os principais avanços e desafios jurídicos ao investimento da iniciativa privada e ao financiamento de projetos de infraestrutura são analisados aqui. Esta obra vem em momento extremamente propício. Mudanças recentes ocorreram na regulação de portos, aeroportos, ferrovias, rodovias e atividades de mineração no Brasil. Em alguns desses segmentos, continuam a ocorrer. É leitura fundamental para executivos e empresários que já investem ou planejam investir em ativos de infraestrutura no Brasil."

ROCHA, Ibraim et al. *Manual de direito agrário constitucional:* lições de direito agroambiental. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 502 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia. ISBN 9788545000372.

Sinopse apresentada pela Editora:

"O livro Manual de direito agrário constitucional apresenta-se como uma obra que aborda todos os temas do direito agrário brasileiro a partir e sob o enfoque da função social da propriedade e os ditames do direito ambiental, irmãos gêmeos sem os quais o exercício do trabalho e a produção no meio rural não se qualificam como exercício legítimo da posse agrária, que é o fundamento do direito de propriedade".

RUBIN, Fernando. *Fragmentos de processo civil moderno:* De acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 184 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia. ISBN 9788573488562.

Sinopse apresentada pela Editora:

"A presente obra, que apresentamos agora à comunidade jurídica, é fruto de compilação de uma dezena de ensaios, específicos à temática, produzidos pelo autor entre 2010-2012. Percebe-se que, na maioria desses trabalhos, discute-se a relevância e a possível relativização do instituto da preclusão – tema fundamental do processo civil e matéria de especial dedicação do autor."

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A discriminação racial na internet e o direito penal:* O preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. 339 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas, de jurisprudência, bibliografia e índice

alfabético; Apresentado originalmente como tese do autor (doutorado) -- Universidade Federal do Estado do Paraná (UFPR), 2013. ISBN 9788536247038.

Sinopse apresentada pela Editora:

A evolução da vida moderna traz, com o notável avanço tecnológico dos últimos anos, desafios que devem ser enfrentados pela ordem jurídica com instrumentos compatíveis para a efetiva tutela dos valores sociais em jogo, arduamente reconhecidos e conquistados após longo processo de sedimentação histórica. Especialmente na área da informática, esses desafios se apresentam de forma ainda mais complexa, importando reflexões e revisões de muitos conceitos e institutos jurídicos tradicionais, vários dos quais hoje incapazes de dar respostas eficazes ante as novas e, até então, imprevistas formas de violação de direitos. Tal fato se mostra presente quando se pensa no Direito Penal e no uso da internet, considerando as condutas nocivas ao ser humano praticadas por tal meio, como é o caso do preconceito e discriminação racial, tema este cujo enfrentamento se propõe no presente texto, com uma análise final sobre estar ou não a legislação penal pátria existente adequada ao devido amparo às vítimas de tais tipos de ações ilícitas, as quais envolvem direitos fundamentais da liberdade de expressão e da igualdade, tendo como pano de fundo da dignidade da pessoa humana, sobre como deve se comportar um Direito Penal moderno, democrático e mínimo diante de tais enfrentamentos.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental:* constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. Apresentação: José Rubens Morato Leite, Prefácio: Antonio Herman Benjamin. 4a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 382 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas, de jurisprudência e bibliografia. ISBN 9788520351918.

Sinopse apresentada pela Editora – tópicos do sumário:

"A dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e a dignidade da vida em geral; Estado socioambiental e mínimo existencial socioambiental; Deveres fundamentais e proteção do ambiente; Deveres de proteção ambiental do estado e proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental; O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos (e deveres) socioambientais; Legislação; Jurisprudência".

SILVA, Fernando Quadros da (Coord.); FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Agências reguladoras no direito brasileiro:* Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 300 p. Inclui notas explicativas, bibliográficas e bibliografia. ISBN 9788520352427.

Sinopse apresentada pela Editora:

"As Agências Reguladoras são a grande novidade no Direito Público brasileiro. Neste livro, elas são analisadas por cinco Desembargadores, todos com vasta experiência prática e titulação acadêmica (mestres e doutores). A obra, de forma inédita, enfrenta questões como a competência, conflitos e dúvidas entre suas atribuições e a de outros órgãos, o processo administrativo em cada agência, os principais atos administrativos e jurisprudência. Um dos capítulos é dedicado às agências estaduais e municipais. Fácil é ver que este livro é de consulta obrigatória não apenas para os operadores jurídicos, mas também para estudantes, candidatos a concursos públicos, administradores e empreendedores".

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito:* Como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v.2. 205 p. Inclui notas explicativas e bibliográficas; Fechamento desta edição: 17/04/2014. ISBN 9788520351710.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Desvelando as obviedades do discurso jurídico" ... "A presente obra reúne os principais artigos publicados na coluna do autor no ConJur, elaborados em contraposição ao pensamento jurídico dogmatizado dominante, isto é, como enfrentamento ao senso comum teórico dos juristas? Com este objetivo, o autor, de maneira leve, trata de diversos temas, que envolvem desde os problemas atinentes à Teoria do Direito (como o dilema da má compreensão do positivismo), problematizando questões sobre a dogmática brasileira (como é o caso do livre convencimento, da verdade real, dos embargos declaratórios), até uma abordagem dos principais acontecimentos da atualidade que repercutiram diretamente no âmbito jurídico (como, por exemplo, o julgamento do processo conhecido como "Mensalão")".

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos:* Pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Curitiba: Appris, 2014. 374 p. Originalmente apresentado como Tese do autor (Doutorado - Universidade Federal do Pará, Belém, 2011); Inclui Bibliografia. ISBN 9788581922614.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Pela Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais visa estudar a atuação dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que se refere à proteção e à promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Para tanto, parte de considerações acerca do que seriam tais direitos, analisando e refutando teorias e concepções, que tentaram recusá-los enquanto normas de Direitos Humanos, bem como elementos que comumente são conferido-lhes, como progressividade, proibição de retrocesso, para então demonstrar

os diferentes mecanismos do Sistema Interamericano direcionados à tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais."

VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública:* teoria e prática. Prefácio: Renato Geraldo Mendes, Prefácio: Rogério Santanna. 6a ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 519 p. Inclui bibliografia e índices de assunto e onomástico. ISBN 9788545000280.

Sinopse apresentada pela Editora:

"Essa obra foi criada a partir da constatação da necessidade de se consolidar, em um único local, o maior número de normas jurídicas possíveis que fundamentam o processo de contratação. Diante da grande quantidade de normas disponíveis, a cada formalização de processo, cabe ao gestor fazer uma grande caminhada em busca das fundamentações legais, diretrizes e entendimentos diversos, acarretando atrasos na efetivação da contratação seja por licitação ou por meio de uma contratação direta. Sem ter a pretensão de esgotar os assuntos, reunimos aqui, numa visão prática, todo o arcabouço de leis, decretos, instruções normativas, resoluções, portarias etc., que entendemos ser necessário ao gestor público na realização do processo, para que o gestor possa, de forma simples e objetiva, entender o rito processual, numa linguagem elaborada por pessoas que detêm conhecimentos específicos sobre o assunto. Assim, após reunir tais normas aliadas aos entendimentos emanados pelos órgãos de controle e doutrina, buscamos demonstrar questões importantes do processo, a exemplo da inexequibilidade dos preços, sempre voltada para uma visão sistêmica. E mais uma vez atribuímos o sucesso desta obra à linguagem utilizada, que, por vezes, pela simplicidade, pode se tornar óbvia e necessária, assim como devem ser a interpretação e a aplicação da legislação".