

REVISTA JURÍDICA DO

Ministério Público



Ministério Público do Estado da Paraíba

Número 11

Janeiro/Dezembro 2017



A Revista Jurídica do Ministério Público da Paraíba publica agora sua 11ª edição, o que consolida sua importância acadêmica, sendo um repositório de conteúdos informativos e jurídicos inerentes aos interesses tutelados pelo *Parquet*, oferecendo a toda a sociedade a oportunidade de conhecer o esforço da Instituição na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os novos desafios, o trabalho árduo e a gestão de resultados nos permite estar imbuído nesse espírito de construção e constante atualização da Instituição. O periódico tem ênfase em seu aspecto científico, sendo multidisciplinar, ficando evidente a preocupação e o compromisso com a ética da pesquisa, a disseminação do conhecimento, a abertura de importantes debates sociais e demais ações voltadas para a aproximação do Ministério Público com a comunidade paraibana.

Aos colaboradores, em especial à equipe do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF, o mais sincero agradecimento.

Com a certeza que a presente publicação terá utilidade para o desempenho funcional e aperfeiçoamento dos membros, servidores e demais profissionais do direito, desejo a todos uma ótima leitura!

**Francisco Seráfico Ferraz da
Nóbrega Filho**
Procurador-geral de Justiça



ESTADO DA PARAÍBA
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

Revista Jurídica do Ministério Público

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

FRANCISCO SERÁPHICO FERRAZ DA NÓBREGA FILHO
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

ALCIDES ORLANDO DE MOURA JANSEN
1º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

ÁLVARO CRISTINO PINTO GADELHA CAMPOS
2º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

LUCIANO DE ALMEIDA MARACAJÁ
CORREGEDOR-GERAL

ANTÔNIO HORTÊNCIO ROCHA NETO
SECRETÁRIO-GERAL

VASTI CLÉA MARINHO DA COSTA LOPES
DIRETORA DO CEAF

CRISTIANA FERREIRA M. CABRAL DE VASCONCELLOS
COORDENADORA DO CEAF

REVISÃO:
PROF. FRANCELINO SOARES DE SOUZA

CAPA:
RICARDO ARAÚJO

FOTOS:
ARQUIVO DO MEMORIAL DO MPPB

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

Rua Rodrigues de Aquino, s/n - Centro

CEP: 58013-030 - João Pessoa - Paraíba - Fone: (83) 3221-0917

E-mail: ceaf@mp.pb.gov.br / ceaf.secretaria@mp.pb.gov.br

Direitos Reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado da Paraíba

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Catálogo na publicação elaborada pela Biblioteca do MPPB

Revista Jurídica do Ministério Público
Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - João
Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 9, n.11. (jan./dez.2017-).
Anual

Revista com interrupção do período de jul. 2008 a dez. 2009.
Passando a ser publicação anual a partir da Revista n.4.

1. Direito - periódicos I. Ministério Público do Estado
da Paraíba. Procuradoria-Geral de Justiça II. Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional/CEAF.

CDU 34 (05)
ISSN 1980-9662

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

CONSELHO EDITORIAL

Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes

PRESIDENTE

Cristiana Ferreira M. Cabral de Vasconcellos

SECRETÁRIA

Doriel Veloso Gouveia

PROCURADOR DE JUSTIÇA

Kátia Rejane Medeiros Lira Lucena

PROCURADORA DE JUSTIÇA

Francisco Bergson Gomes Formiga Barros

PROMOTOR DE JUSTIÇA

José Farias de Sousa Filho

PROMOTOR DE JUSTIÇA

Maria Áurea Baroni Cecato

PROFESSORA

Rômulo Rhemo Palitot Braga

PROFESSOR

Josinaldo José Fernandes Malaquias

PROFESSOR

APOIO EDITORIAL

Nigéria Pereira da Silva Gomes

TÉCNICO MINISTERIAL - EDITORAÇÃO E NORMALIZAÇÃO

Geraldo Alves Flôr

DIAGRAMADOR - DRT 5152/98 - DIAGRAMAÇÃO

Silvana Cantalice Ramos

ASSESSORA DE APOIO DO CEAF

Irenylza Carla Alves de Almeida

ANALISTA MINISTERIAL

Roberta Pereira Cabral

TÉCNICO MINISTERIAL

APOIO

APMP - Associação Paraibana do Ministério Público

Francisco Bergson Gomes Formiga Barros

PRESIDENTE

FESMIP - Fundação Escola Superior do Ministério Público

José Farias de Sousa Filho

DIRETOR-GERAL

COLÉGIO DE PROCURADORES

Francisco Seráphico Ferraz da Nóbrega Filho - Presidente
Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo
Janete Maria Ismael da Costa Macedo
Lúcia de Fátima Maia de Farias
Alcides Orlando de Moura Jansen
Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena
Doriel Veloso Gouveia
José Raimundo de Lima
Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos
Marcus Vilar Souto Maior
José Roseno Neto
Francisco Sagres Macedo Vieira
Nelson Antônio Cavalcante Lemos
Marilene de Lima Campos de Carvalho
Jacilene Nicolau Faustino Gomes
Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes
Valberto Cosme de Lira
Luciano de Almeida Maracajá
Herbert Douglas Targino
Joaci Juvino da Costa Silva

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Francisco Seráphico Ferraz da Nóbrega Filho
Presidente

Luciano de Almeida Maracajá
Corregedor-Geral

José Roseno Neto
Marilene de Lima Campos de Carvalho
Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena
Francisco Sagres Macedo Vieira
Valberto Cosme de Lira
José Raimundo de Lima
Antônio Hortêncio Rocha Neto

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES DE JUSTIÇA

Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Janete Maria Ismael da Costa Macêdo, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Alcides Orlando de Moura Jansen, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Doriel Veloso Gouveia, José Raimundo de Lima, Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Marcus Vilar Souto Maior, José Roseno Neto, Francisco Sagres Macedo Vieira, Nelson Antônio Cavalcante Lemos, Marilene de Lima Campos de Carvalho, Jacilene Nicolau Faustino Gomes, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Valberto Cosme de Lira, Luciano de Almeida Maracajá, Herbert Douglas Targino, Joaci Juvino da Costa Silva.

PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA

Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Maria das Graças de Azevedo Santos, José Eulâmpio Duarte, Sônia Maria de Paula Maia, Francisco Antônio de Sarmiento Vieira, Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Berlino Estrela de Oliveira, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Valdete Costa Silva Figueiredo, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nicomedes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcellos, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Ádrio Nobre Leite, Júlia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Aluísio Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlília Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz William Aires

Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes Arnaud, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Priscylla Miranda Morais Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho, Ana Cândida Espínola, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcanti, Edmilson de Campos Leite Filho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Otoni Lima de Oliveira, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Antônio Barroso Pontes Neto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Pedro Alves da Nóbrega, Francisco Lianza Neto, Anita Bethânia Silva da Rocha, Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Ricardo José de Medeiros e Silva, Jovana Maria Silva Tabosa, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana Amorim de Lacerda, Artemise Leal Silva, Herbert Vítório Serafim de Carvalho, Rhomeika Maria de França Porto, Ana Guarabira de Lima Cabral, Marcus Antonius da Silva Leite, Ana Caroline Almeida Moreira, Rodrigo Silva Pires de Sá, Edjacir Luna da Silva, Alessandro de Lacerda Siqueira, Ranieri da Silva Dantas, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Clístenes Bezerra de Holanda.

PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA

Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Alexandre José Irineu, Marinho Mendes Machado, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Manoel Pereira de Alencar, Gláucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Morais, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Patrícia Maria de Souza Ismael da Costa, Norma Maia Peixoto, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Márcia Betânia Casado e Silva Vieira, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Adriana de França Campos, Sandra Regina Lauria Paulo Neto de Melo, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Ranieri da Silva Dantas, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno Alustau, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Lima Salmito, Clístenes Bezerra de Holanda, Eduardo Barros Mayer, Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, José Leonardo Clementino Pinto, Joseane dos Santos Amaral, Alexandre Varandas Paiva, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Ricardo Alex Almeida Lins, Rafael Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine Cristina Pereira Alencar, Alcides Leite de Amorim, Luciara Lima Simeão Moura, Edivane Saraiva de Souza, Miriam Pereira Vasconcelos, Cláudia Cabral Cavalcante, Márcio Teixeira de Albuquerque, Paula da Silva Camillo Amorim, Caroline Freire Monteiro da Franca, Leo-

nardo Cunha Lima de Oliveira, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra Viegas, João Benjamim Delgado Neto, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Fábria Cristina Dantas Pereira, Ismael Vidal Lacerda, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Eduardo de Freitas Torres, Geovanna Patrícia de Queiroz Rego, Leonardo Fernandes Furtado, Ilcléia Cruz de Souza Neves Mouzalas, Túlio César Fernandes Neves, Lean Matheus de Xerez, Jamille Lemos Henriques Cavalcanti, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Diogo D’arolla Pedrosa Galvão, Lívia Vilanova Cabral, Danielle Lucena da Costa Rocha, Glauco Coutinho Nóbrega, Leonardo Quintans Coutinho, José Carlos Patrício, Ana Grazielle Araújo Batista de Oliveira, Bruno Leonardo Lins, Alberto Vinícius Cartaxo da Cunha, Uirassu de Melo Medeiros, Pedro Henrique de Freitas Andrade, Leidimar Carneiro Rocha dos Santos, Dennys Carneiro Rocha dos Santos, Fabiana Pereira Guedes, Stoessel Wanderley de Sousa Neto, Sarah Araújo Viana, Samuel Miranda Colares, Erika Bueno Muzzi, Flávia Cesarino de Sousa, Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho, Mariana Neves Pedrosa Bezerra.

PROMOTORES DE 1ª ENTRÂNCIA

Jeaziel Carneiro dos Santos, Rosa Cristina de Carvalho, Cassiana Mendes de Sá, Airles Kátia Borges Rameh de Souza, Carolina Soares Honorato de Macedo, Jaine Aretakis Cordeiro Didier, Simone Duarte Doca, Fabiana Alves Mueller.

PROMOTORES SUBSTITUTOS

Thomaz Hilton Ferreira dos Santos, Ernani Lucas Nunes Menezes .

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Alberto Vinícius Cartaxo da Cunha
Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

Alexandre Delgado Júnior
Assessor Jurídico de Promotor de Justiça do MPPB

Alisson Rodrigo de Aquino Oliveira
Bacharel em Direito pelo Universidade Estadual da Paraíba - UEPB
Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário - UNIFACISA
Estagiário na Promotoria de Defesa dos Direitos da Educação de Campina Grande - MPPB

Bruno Carvalho Amaral Dias
Bacharel em Direito pela Faculdade Projeção - Instituto de Ciências Jurídicas
Pós-Graduação Latu Sensu, Ordem Jurídica e Ministério Público - FESMPDFT
Analista Jurídico do MPDFT

Bruno Leonardo Lins
Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

Dayanna de Sousa Catão
Bacharela em Direito
Assessora Jurídica de Promotor de Justiça do MPPB
Pós-Graduada pelo FESMIP

Eduardo Loula Novais de Paula
Bacharel em Direito pela UNIFACS
Especialista em Direito Público pela UNIFACS

Mestrando em Direito, Governanças e Políticas Públicas pela UNIFACS
Analista Técnico Jurídico

Gabriela Carvalho Maranhão
Advogada
Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB
Aluna Especial do Mestrado Acadêmico da Universidade de Brasília - UNB
Analista Processual do MPDFT

Glauco Ferreira de Souza
Professor
Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Ítalo Costa Dias
Promotor de Justiça do Estado do Pará

Janice Oliveira da Silva
Bacharela em Direito
Licenciatura em Letras
Presidente da Academia de Letras de Areia-PB
Estagiária da Promotoria de Justiça de Areia-PB

Juliana Neiva Miranda
Acadêmica de Direito na Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Márcio Gondim do Nascimento
Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

Márcio Augustus Barbosa Leite Timótheo
Acadêmico de Direito na Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Maria Josilene Oliveira Trajano dos Santos

Bacharela em Direito pela FACISA
Graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual Vale do Acaraú

Maria Luísa Pacífico Brandão

Advogada
Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ
Asssora Jurídica de Procurador de Justiça do MPPB

Mirella Camarota Pimenta

Bacharela em Direito pela Universidade de Rio Verde - UniRV
Bacharela em Psicologia pela Universidade Rio Verde - UniRV
Graduada em Psicologia Jurídica pelo IPES e Avaliação Psicológica pelo IPOG
Secretária Auxiliar na 4ª Promotoria de Justiça do Rio Verde

Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho

Promotor de Justiça do Estado da Paraíba
Especialista em Direito Processual pela Universidade Anhuaguera - UNISERP/LFG

Suzana de Almeida Pires

Acadêmica em Direito na Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Sheila Maria da Rocha

Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil Pela Universidade Cândido Mendes
Analista Jurídica do MPBA

Thainá Martins Carício

Acadêmica de Direito na Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Taise Monteiro dos Santos

Bacharela em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa - Salvador-BA
Assistente Técnico Administrativo do MPBA

Tiago Cadore

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia
Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito de Curitiba - UniCuritiba
Especialista em Direito Administrativo e em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - Curitiba
Especialista em Direito Público pela UniBrasil - Curitiba
Especializando em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá
Mestrando em Ciência Jurídica pela Univali.

Vinícius de Miranda Henriques Serpa

Advogado
Bacharel em Direito pela UFPB
Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhuaguera - UNISERP/LFG

Vanessa Neves Dias

Acadêmica de Direito
Analista de Gestão Pública no MPDFT



1º Concurso de Fotografia MPPB e Cidadania
“Restauro ao Sol”
Diógenes Alves Dantas
1º Lugar Estudante
(Acervo do Arquivo do MPPB)

EDITORIAL

O Ministério Público do Estado da Paraíba, através do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, na sua décima primeira edição da Revista Jurídica, aberto e consciente do momento vivencial da sociedade brasileira e mundial, apresenta a oportunidade aos membros desta valorosa e tradicional instituição, para que apresentem seus trabalhos, seus estudos, suas teses, para um universo maior, mediante a maneira como o espaço digital, abrem as janelas para vislumbrarmos o conhecimento, que se repete a cada ano.

Neste número, trataremos temas do Direito Administrativo, do Direito Constitucional, do Direito Civil integrando os Direitos Humanos, além de temas interessantes do Direito Penal, valorizando a Justiça restaurativa, a Custódia e o acordo de não persecução e os efeitos no processo penal brasileiro.

Atuante os autores de vários artigos caminham para situar a questão da Lei Anticorrupção, temas dos mais relevantes para toda a sociedade brasileira.

Em números anteriores, vislumbrávamos a criação em nível nacional da Escola Nacional do Ministério Público, hoje já realidade, e esperamos que possamos em breve ter uma bandeira pela educação a demonstrar a pujança do papel ministerial.

Naturalmente, não se constrói uma cultura em poucos anos, mas ao enunciar a disposição de se trabalhar para encontrarmos no meio acadêmico o espaço adequado e atual, onde a doutrina ministerial seja apresentada a quem possa fortemente contribuir com o crescimento jurídico e institucional do Ministério Público no Brasil.

Acredito que só a educação salva do crime, levando o educando a buscar perspectivas novas, voltadas para o seu crescimento pessoal e desta maneira, contribuir para a melhora da comunidade onde vive e trabalha.

Precisaremos fazer algo para que se estude mais, se escreva mais e a produção científica jurídica possa contribuir para o progresso cultural no Brasil, inerente aos interesses nacionais e trabalhando sempre para o seu aprimoramento.

Estaremos empenhados como Centro de Estudos em desenvolver estratégias em favor do conhecimento, da pesquisa e ações apropriadas, divulgando o melhor que nos apresentarem.

Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes

Procuradora de Justiça

Diretora do CEAf

Presidente do Conselho Editorial

SUMÁRIO



**1º Concurso de Fotografia MPPB e Cidadania
“Sociedade”
Bruna Letícia Oliveira da Silva
2º Lugar Estudante
(Acervo do Arquivo do MPPB)**

SUMÁRIO

1 DIREITO ADMINISTRATIVO

Acumulação ilícita de cargos públicos e improbidade administrativa....	27
Alberto Vinícius Cartaxo da Cunha	
Assédio moral na administração pública: a responsabilidade fundamentada na improbidade administrativa.....	49
Taise Monteiro dos Santos	
Consequências jurídicas de contratos nulos celebrados com a Administração Pública.....	79
Tiago Cadore	

2 DIREITO CONSTITUCIONAL

A recomendação pelo Ministério Público como instrumento de provação do controle preventivo de constitucionalidade.....	105
Eduardo Loula Novais de Paula	
Ministério Público brasileiro: uma breve análise da sua evolução nas constituições brasileiras.....	135
Ítalo Costa Dias	

3 DIREITO CIVIL

A ação civil pública contra leis de efeitos concretos: a defesa do patrimônio público contra atos legislativos que causam prejuízo ao erário.....	149
Bruno Leonardo Lins	
A avaliação psicológica no contexto da alienação parental.....	175
Mirella Camarota Pimenta	
A manifestação da arte literária num confronto entre moral e direito.....	195
Janice Oliveira da Silva	
Atendimento humanizado: prática de homens que sabem ser homens...	209
Janice Oliveira da Silva	

Desafios para afirmação da Lei Maria da Penha: um estudo acerca da implantação de políticas públicas assistências de recuperação do agressor.....	233
Glauco Ferreira de Souza e Maria Josilene Oliveira Trajano dos Santos	

Os povos indígenas do Brasil: uma análise sob ótica da constituição de 1988 e do direito ambiental brasileiro.....	255
Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira	

4 DIREITOS HUMANOS

A liberdade como exceção: uma análise das prisões provisórias no Estado da Paraíba.....	273
Márcio Augustus Barbosa Leite Timótheo e Suzana de Almeida Pires	

Direito e sociedade: a busca por um julgamento justo.....	287
Bruno Carvalho Amaral Dias	

O papel da lei brasileira de inclusão na promoção existencial da pessoa com deficiência.....	299
Sheila Maria da Rocha	

O sistema interamericano de direitos humanos e a justiciabilidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal.....	315
Maria Luísa Pacífico Brandão	

5 DIREITO PENAL

As práticas de justiça restaurativa como instrumentos de retratação por crimes a honra.....	339
Alexandre Delgado Júnior	

Custódia e acordo de não persecução.....	357
Márcio Gondim do Nascimento	

Efeitos da audiência de custódia no processo penal brasileiro.....	375
Vanessa Neves Dias	

Gravidez no cárcere: uma análise do Centro de Redução Feminina Maria Júlia Maranhão, políticas de pré-natal à luz da Lei de execução penal.....	403
Juliana Neiva Miranda e Thainá Martins Carício	

O papel do Ministério Público Estadual no âmbito da Lei anticorrupção.....	419
Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho e Vinícius Henriques Serpa	
Presunção absoluta: demonstração da ficção jurídica e enfoque no ordenamento jurídico brasileiro civilista com fundamentação físico-filosófica.....	437
Dayanna de Sousa Catão	
Vida privada, intimidade e controle social: contribuições do filme “Garota Dinamarquesa”	451
Gabriela Carvalho Maranhão	



1º Concurso de Fotografia MPPB e Cidadania
“O retorno da identidade histórica e cultural do Hotel Globo”
Waldir Henrique Silva Batista
3º Lugar Estudante
(Acervo do Arquivo do MPPB)

ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS PÚBLICOS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Alberto Vinícius Cartaxo da Cunha
Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

Resumo

Este artigo apresenta as principais normas relativas à acumulação de cargos públicos, com enfoque em quais situações a acumulação ilícita caracteriza ato de improbidade administrativa. Busca-se a diferenciação de mera conduta ilícita e do ato ímprobo, nas vertentes de enriquecimento ilícito e atentado contra os princípios da Administração. Em seguida, discutem-se estratégias práticas relativas à questão, especialmente as relativas à quantificação do enriquecimento ilícito nestas hipóteses, requisição de instauração de procedimentos administrativos disciplinares como meio alternativo à via judicial, para interromper a conduta ilegal, e expedição de recomendações ministeriais para regularização de declarações de inexistência de acumulação de cargos públicos.

Palavras-chave: Acumulação ilícita de cargos públicos. Enriquecimento ilícito. Atentado contra os princípios da administração. Procedimento administrativo disciplinar sumário.

Abstract

This article presents the most relevant legal standards in Brazilian law regarding dual employment on public jobs. It focuses on Brazilian's Improbity Law (Law n. 8.429/90), and what types of dual employment configures the misconducts described on this act. Then, it discusses practicals strategies regarding the subject, specially those related to the quantification of unjust enrichment, the use of concise administrative disciplinary procedures to stop this conduct, as an alternative to lawsuits, and the writing of recommendations to government officials to reorganize personals declarations of dual employment.

Keywords: Illicit dual employment on public jobs. unjust enrichment. Violation of administrative principles. Concise administrative disciplinary procedures.

1 Improbidade e acumulação de cargos públicos

Nosso sistema jurídico traz severas restrições às acumulações de cargos públicos¹. Somente em 2017, o STJ já abordou o tema 56 vezes², o que demonstra que ações judiciais envolvendo a questão são rotineiras. Mesmo

¹Para fins deste trabalho, entenda-se o termo “cargo público” de forma ampla, a incluir qualquer função pública, englobados os empregos públicos e mandatos, eis que a jurisprudência não faz distinção.

²A contagem foi feita com base na consulta no sistema de jurisprudência do STJ dos termos “acumulação cargos”.

com a informatização dos sistemas de gerencialmente de pessoal e aprimoramento dos mecanismos fiscalizatórios, os entes públicos não têm demonstrado eficácia no supervisionamento de vínculos ilícitos dos seus agentes públicos³.

Da mesma forma, a acumulação ilícita de cargos públicos ainda é um assunto recorrente nos procedimentos extrajudiciais das promotorias de justiça, o que indica a necessidade de aperfeiçoamento do conhecimento jurídico sobre o assunto e adoção de estratégias para o combate de acumulações proibidas pela Constituição Federal de 1988.

Saliente-se que as repercussões trazidas pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) merecem especial atenção, pois a ilicitude das acumulações de cargos também pode configurar improbidade administrativa.

Este artigo explora a questão, especialmente no que concerne à apuração do ato de improbidade nas vertentes de enriquecimento ilícito e atentado contra os princípios da Administração. Busca-se, com esta abordagem, trazer uma perspectiva sobre os pontos mais relevantes do assunto, especialmente sob um viés prático.

2 Panorama Constitucional

A Constituição Federal de 1988 tratou com detalhes a acumulação de cargos:

Art. 37. [...]

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

[...]

³Optou-se pelo termo “agente público” em vez de “servidor público” por aquele ser mais genérico, englobando agentes públicos, empregados e servidores públicos, dentre outros.

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Outras menções relevantes na Carta Constitucional são o art. 38, inc. III, que permite a acumulação de cargos por vereadores, quando haja compatibilidade de horários, e os artigos 98, inc. I e 128, §5º, inc. II alínea “d”, que proíbem os juízes e membros do Ministério Público de acumularem cargos públicos, exceto um de magistério.

A leitura destes artigos traz o primeiro paradigma sobre o assunto: a regra é que cargos públicos são inacumuláveis. Acumular cargos públicos é, na realidade, exceção. A principal ideia por trás desta vedação é garantir um descanso saudável ao agente público⁴, pois o esforço durante o período de repouso esgota a energia intelectual, com reflexos no desempenho das funções públicas.

Também, é interessante mencionar que o termo “acumulação ilegal de cargos públicos”, como é comumente tratado na doutrina, é de certa forma, equivocado, pois, a matéria é uma norma autoaplicável prevista no texto constitucional; a nomenclatura mais adequada seria “acumulação inconstitucional de cargos públicos”. Todavia, em respeito à tradição, e para se evitar confusão, optar-se-á, durante o estudo, pelo uso do termo “acumulação ilícita de cargos públicos”, por ser mais amplo.

2.1 Histórico Constitucional

O motivo de tamanha atenção constitucional quanto ao tema e restritividade às exceções é o grande número de acumulações ilícitas de cargos públicos que historicamente existiram no Estado Brasileiro.

É um problema percebido desde a primeira constituição republicana, a de 1891, que previu expressamente a proibição de acumulação de cargos públicos, inclusive sem permitir qualquer exceção⁵. De todo modo, esta norma constitucional nunca foi implementada de fato. Não era incomum a

⁴Para fins de abordagem do tema, entenda-se agente político como todo aquele que exerce função remunerada perante o Estado, incluídos os agentes políticos, servidores públicos e empregados públicos.

⁵Constituição de 1891: “Art 73 - *Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.*”

entrega de cargos públicos como moeda de troca política, especialmente a membros do Legislativo e Judiciário⁶. Até Rui Barbosa defendeu publicamente a tese de que, já que o constituinte de 1891 não estabeleceu exceções à inacumulabilidade, caberia ao legislador exercer tal papel⁷.

Esta problemática ocorria não só no Brasil. Nos Estados Unidos, também existia uma preocupação com a questão. Veja-se o que menciona um doutrinador ao discorrer sobre a Constituição Estadual de Indiana:

Ao contrário do artigo III, seção 1, o artigo II, seção 9 parece ter se baseado menos na noção de “teoria da separação dos poderes” do que na vívida memória dos constituintes da prática dos reis britânicos em ‘subornar’ membros do parlamento e juízes com designações conjuntas para cargos lucrativos do executivo. Esta prática corrupta foi repetida nas colônias, as quais, apesar da independência, estabeleceram rigorosas proibições constitucionais sobre a pluralidade de exercício de cargos. Surpreendentemente, o aspecto da separação-de-poderes não parece ter sido um tema de grande importância.”⁸ (tradução nossa)

Desde então, a proibição constitucional de 1891 tem se abrandado paulatinamente, com a inserção de novas exceções no texto constitucional ou ampliação das já existentes⁹.

Alegava-se, naquele momento histórico, que havia limitações quantitativas ao número de profissionais disponíveis e qualificados, que exigiriam o compartilhamento de mão de obra pelos diversos órgãos públicos. Todavia, este raciocínio parece não corresponder a uma análise histórica, pois mesmo com a ampliação das universidades e do trabalho especializado, ainda sim, as hipóteses de acumulação de cargos, em vez de serem restringidas, foram também ampliadas. Portanto, não é de se surpreender que alguns doutrinadores, como Adilson Abreu Dallari, tenham duras críticas ao instituto:

⁶Exemplo pode ser dado com Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, que acumulou as funções de agente executor (Prefeito) com o de Deputado Estadual.

⁷SILVA, Carlos Medeiros. Os funcionários públicos e a Constituição. Rio de Janeiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 33, 1953. p. 4.

⁸ZOLLER, Gregory. *Análise de cargos duplos*: pode o legislativo criar exceções? *Indiana Law Review*: 2004. p. 735.

⁹Cite-se como exemplo a previsão original do art. 37, XIV da Constituição Federal de 1988, que previa que somente os médicos poderiam acumular cargos. Dez anos depois, com a EC nº 19/98, o termo foi substituído por “profissionais da saúde”.

A acumulação de cargos é um anacronismo. Conforme se pode observar, pelo exame da evolução desse instituto no Brasil, ela tem como fatores determinantes duas situações: o excesso de poder e a falta de pessoal qualificado. Ou servia para possibilitar que pessoas privilegiadas e bem relacionadas acumulassem o poder, remuneração, influência política e prestígio social, ou então, possibilitava preenchimento de funções públicas realmente importantes em setores nos quais havia carência de profissionais habilitados. Ora, no Brasil do século XX não mais se justificam os privilégios do tempo da Colônia, do Império e da Velha República; nem tem qualquer sentido falar-se em falta de profissionais para o provimento de cargos e funções na Administração Pública.

[...]

Acumular cargos e empregos é, e sempre será, um privilégio, uma exceção ao princípio da igualdade, e, por isso, no exame dessa matéria sempre será necessário, na dúvida, adotar a posição mais restritiva, obviamente sem violar o texto constitucional¹⁰.”

2.1.1 Atualidade Constitucional

De toda sorte, nos moldes do modelo constitucional de 1988, mesmo com toda a ampliação histórica das exceções permissivas, ainda existe um grande número de acumulações ilícitas de cargos públicos.

Portanto, exsurge a obrigação de se implementar a norma constitucional, por meio das ferramentas previstas nas Leis nº 8.112/90 e 8.429/90. Neste diapasão, o papel institucional do Ministério Público é inequívoco, no sentido de garantir a concretização da exigência constitucional.

3 Aplicabilidade da Lei nº 8.112/90 na ausência de legislação estadual ou municipal

A Lei nº 8.112/90 dedica especial atenção à acumulação ilícita de cargos públicos, destacando-se os arts. 133 e seguintes. Apesar de a norma ter como objeto os servidores públicos federais, ela pode ser aplicada de forma subsidiária aos Estados e Municípios, quando as normais locais são omissas. Neste sentido, a jurisprudência do STJ:

¹⁰DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 69-70.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, tendo em vista a ausência de previsão na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) sobre o prazo prescricional para apuração de infrações disciplinares cometidas por magistrados, deve ser aplicado, em caráter subsidiário, o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei n.º 8.112/90) e, ainda, que a pena de censura, prevista naquele diploma legal, está sujeita à prescrição bienal de que trata o art. 142, inciso II, da Lei n.º 8.112/90.

(RMS 19.609/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 15/12/2009)

Desta forma, o cumprimento das normas previstas na Lei n.º 8.112/90, se aplica, inclusive quanto às acumulações ilícitas de cargos públicos, pois o tema possui perfil constitucional e a obediência às restrições previstas na Carta Magna não pode ser negligenciada com base na ausência de parâmetros e critérios de punição na legislação local.

3.1 Do ato ímprobo

3.1.1 Critérios definidores da acumulação ímproba de cargos públicos

A análise da improbidade, nas acumulações de cargos públicos, passa por dois critérios: a compatibilidade de horários entre os cargos e a licitude jurídica da acumulação.

A carga horária incompatível implica a configuração de enriquecimento ilícito, mesmo que a acumulação seja constitucionalmente permitida. Esta incompatibilidade poderá ocorrer de modo formal ou *in concreto*. Por incompatibilidade formal de horários, entende-se como aquela que, ao se analisarem os horários do trabalho do agente público, vê-se de imediato o conflito temporal entre os dois cargos. Já a carga horária incompatível *in concreto* ocorre nas situações em que, muito embora não haja choque de horários, a acumulação de cargos é inviável por questões de deslocamento. É o que acontece quando um agente público acumula cargos em cidades que ficam a mais de duas horas de distância, e este percurso impossibilita o cumprimento da carga horária integral em um dos locais de trabalho.

Já a ilicitude jurídica na acumulação de cargos pode configurar atentado contra os princípios da Administração.

Em ambos os casos, é necessário que a conduta gere certa ofensividade, de forma que, por exemplo, a acumulação ilícita de cargos por menos de

um mês não justifica o movimento do aparato judicial para punição do agente público, especialmente quando existem mecanismos administrativos aptos a penalizá-lo. É este o entendimento do STJ:

3. É bem verdade que, na hipótese de acumulação de cargos, se consignadas a efetiva prestação de serviço público, a irrisoriedade da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, afasta-se a violação do art. 11 da Lei 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas do Acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do munus público. Precedente: AgRg no REsp. 1.245.622/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 24.6.11.) (*AgRg no REsp 1372917/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 16/11/2016*)

3.2 Do enriquecimento ilícito mediante acumulação ilícita de cargos públicos com carga horária incompatível

O enriquecimento ilícito, no âmbito da improbidade administrativa, consiste, segundo o art. 9º, caput, da Lei nº 8.429/90, em “[...] *aufferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei [...]*”. Emmerson Garcia estabelece os critérios definidores para configurá-la:

A análise desse preceito legal permite concluir que, afora o elemento volitivo do agente, o qual deve necessariamente se consubstanciar no dolo,[35] são quatro os elementos formadores do enriquecimento ilícito sob a ótica da improbidade administrativa: a) o enriquecimento do agente; b) que se trate de agente que ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades elencadas no art. 1º, ou mesmo o extraneus que concorra para a prática do ato ou dele se beneficie (arts. 3º e 6º); c) a ausência de justa causa, devendo se tratar de vantagem indevida, sem qualquer correspondência com os subsídios ou vencimentos recebidos pelo agente público; d) relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, pois a lei não deixa margem a dúvidas ao falar em ‘vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo...’.¹¹

¹¹GARCIA, Emmerson. *Improbidade administrativa*. 7.ed. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 310.

Nos casos de acumulações com horários incompatíveis, os requisitos supramencionados estão preenchidos: a) o agente foi remunerado para prestar um serviço público; b) a sua remuneração é decorrente de ocupar um cargo público; c) não houve justa causa para a sua remuneração, pois o serviço não foi prestado em razão de o agente trabalhar em outro cargo; e d) houve nexo causal, consistente na vantagem auferida e a ausência de contraprestação laboral.

Especificamente nestas situações, existe reprovabilidade maior da conduta em comparação a uma simples falta ao trabalho, porque a ausência ao serviço decorreu da vontade do agente público em auferir vantagem pessoal ilícita¹².

Desta forma, havendo ofensividade da conduta e incompatibilidade de horários, estará configurado o ato de improbidade na vertente de enriquecimento ilícito.

3.2.1 O cálculo do enriquecimento ilícito

Uma questão que recebe pouca atenção pela doutrina é o cálculo do enriquecimento ilícito quando há incompatibilidade de horários. Isto porque tal informação é imprescindível para o cálculo do ressarcimento ao erário e da multa prevista no art. 12, inc. I, da Lei nº 8429, que deve ser aplicada contra o agente público.

O primeiro problema enfrentado é que diversas leis municipais e estaduais que criam cargos públicos não informam a sua carga horária. Na ausência de norma, aplica-se o art. 19 da Lei nº 8.112/90, que estabelece a exigência de 40h semanais:

Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.

Suponhamos que um agente público tenha um cargo com carga horária semanal de 40h semanais e outro de 20h, ambos com remuneração idêntica de R\$ 2.000,00. Nos dois trabalhos, o agente público labora de segunda a sexta, com oito horas e quatro horas diárias, respectivamente. Qual o enriquecimento ilícito se o agente público falta duas horas por dia no cargo de 40h?

¹²O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao agente público que falta ao trabalho em razão de emprego na iniciativa privada.

Se as faltas forem constantes a cada semana, a fórmula é simples: 2h de falta diária, vezes 5 dias da semana é igual a 10h/semana de faltas. Se o agente público deveria trabalhar 40h e falta 10h, ele faltou a $\frac{1}{4}$ (10h/40h) da sua carga horária semanal. Assim, para saber o quanto ele recebeu ilicitamente, basta multiplicar a sua remuneração pelo valor proporcional de faltas. No caso, R\$ 2.000,00 vezes $\frac{1}{4}$ é igual a R\$ 500,00. Este é o enriquecimento ilícito mensal do servidor.

Todavia, na prática, os dias e horas de falta costumam variar durante o mês. Isto dificulta o cálculo, porque a carga horária é semanal, mas a remuneração é mensal.

Nestas hipóteses, é necessário que se faça o cálculo do *salário-hora* do cargo, para fins de apuração do enriquecimento ilícito. Para isto, utiliza-se da mesma fórmula aplicada pela jurisprudência do STJ para fins de definição do valor de referência para pagamento de gratificações e adicionais de servidores públicos:¹³ aplica-se o divisor de 200h mensais para uma carga horária de 40h semanais.

É a mesma operação matemática aplicada no âmbito trabalhista, destacando-se sobre o assunto a Súmula 431 do TST: “*Para os empregados a que alude o art. 58, «caput», da CLT, quando sujeitos a 40 horas semanais de trabalho, aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do salário-hora*”.¹⁴

A utilização deste divisor de 200h tem algumas nuances, mas permite a conversão de uma carga horária semanal em mensal.

Em nosso caso, 40h semanais equivalem a 6h40min de trabalho por dia, e não 8h. Isto ocorre porque o cálculo precisa englobar os sábados e considerar os domingos como folga. Tanto é que 6h40min vezes 6 dias da semana (inclusive o sábado) é igual a 40h semanais. O que ocorre é que, em tese, durante a semana, o agente público está compensando a carga horária aos sábados.

Voltando-se ao exemplo: se a pessoa recebe R\$ 2.000,00 por mês, este valor, ao ser dividido pelo divisor 200h, é igual a R\$ 10/hora de trabalho. Com isto, temos o salário-hora do agente público.

¹³ AgRg no REsp 1421415/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 28/09/2015.

¹⁴ O cálculo para se chegar ao valor de 200h mensais é o seguinte: O primeiro passo é identificar quantas horas equivale a um dia de trabalho, quando a carga horária semanal é de 40h. A divisão destas 40 horas por 5 dias está equivocada. Da mesma forma por 7 dias. Isto porque o art. 7º, inc. XV da Constituição Federal prevê o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. Logo, uma carga horária de 40h semanais, dividida por 6 dias de trabalho é igual a 6h40m. É importante ressaltar, que o Domingo é dia de descanso remunerado. Se fizermos a conta ao contrário, veremos de 6h40m * 7 dias é igual a 40h. Tendo-se o total de horas de trabalho equivalente a um dia, basta multiplicá-la por 30 dias, ou seja, o equivalente a um mês, chegando-se ao divisor de 200h.

Todavia, se o agente público falta 2h por dia, de segunda a sexta, não podemos simplesmente multiplicar 2h por 30 dias. É necessário calcular quantas horas de falta precisam ser computadas pelo sábado. Assim, as 10h de falta em uma semana, para cômputo com base no salário-hora, devem ser equilibradas nos seis dias úteis da semana.

Se o agente público se ausenta 2h por dia, em uma escala de trabalho de segunda a sexta-feira, para cômputo de salário-hora, ele falta, em realidade 5/6 deste tempo¹⁵, ou seja, 2h de falta de segunda a festa são, para fins de salário-hora, equivalentes a 1h40min de faltas diárias, pois estamos incluindo o sábado.

Se multiplicarmos 1h40min por 30 dias, temos 50h de faltas por mês. 50h de faltas divididas pelo divisor de 200h, equivalem a ¼ da carga horária mensal. Assim, R\$ 2.000,00 vezes ¼ (também) alcança um enriquecimento ilícito mensal de R\$ 500,00.

De forma simplificada, quando o agente público trabalha de segunda a sexta, com 40h semanais, o cálculo do enriquecimento ilícito mensal obedece à seguinte fórmula:

$$Ei = h \frac{fx 5}{6} \div 200 \times Remuneração$$

Onde “Ei” é Enriquecimento ilícito; “hf” (horas-falta) é a quantidade de horas faltadas em um mês; e Remuneração é a remuneração mensal do agente público.

No nosso caso:

$$Ei = \frac{60 \times 5}{6} \div 200 \times R\$ 2.000,00 = R\$ 500,00$$

Saliente-se que 2h diárias de falta vezes 30 dias é igual a 60h mensais de falta.

Se o agente público trabalha 30h ou 20h, o valor de 200h pode ser ajustado com base no divisor de horas equivalente (150h ou 100h, respectivamente). No exemplo, caso as faltas tivessem ocorrido no emprego de 20h, o cálculo seria o seguinte:

$$Ei = \frac{60 \times 5}{6} \div 100 \times R\$ 2.000,00 = R\$ 1.000,00$$

¹⁵ 5 dias úteis (segunda a sexta) divididos por 6 dias de trabalho (segunda a sábado).

Agora, se o agente labora em regime de escala, o fator de conversão “5/6” da fórmula é desnecessário. Todavia, deve-se aplicar o divisor adequado, de 180h para escala de 12hx36h e 192h, para a escala de 24hx72h, segundo jurisprudência trabalhista majoritária. Como estas questões fogem ao tema, não serão pormenorizadas.

3.2.2 Dos servidores que trabalham com metas de produtividade

Uma argumentação recorrente, nas situações em que há incompatibilidade de horários, é a relativa aos profissionais que se sujeitam à execução do serviço por metas de trabalho, v.g., médicos que devem atender 32 pacientes em 8h de trabalho; carteiros, que devem percorrer um número específico de ruas; ou oficiais de justiça, com um número específico diligências a cumprir.

Estes servidores, ao assumir outro cargo com incompatibilidade de horários, alegam que não houve prejuízo ao serviço público se as metas estão sendo cumpridas e permitem que se saia mais cedo do trabalho.

Todavia, esta concepção está equivocada, pois decorre da ideia de que as metas de trabalho são limites à obrigação do agente público com a sua função. Em realidade, metas são objetivos organizacionais que não se confundem com o vínculo empregatício. Muitas vezes, significam um mínimo a ser cumprido pelo ocupante do cargo público. Outrossim, escusar o agente público do seu trabalho, por ter cumprido a sua meta de trabalho, importa em garantir uma menor qualidade do serviço.

No caso específico dos médicos, o número de visitas decorre da exigência de destinação de pelo menos 15min de consulta a cada paciente. Se o médico, cotidianamente, encurta este tempo, para sair mais cedo, há de inferir-se que os atendimentos não estão sendo prestados com devidos cuidados.

Se ele consegue cumprir a meta e sobra tempo, deverá colocar o restante da sua mão de obra à disposição do serviço público, que pode ser utilizado para possíveis encaixes de pacientes, ou para outras atividades da saúde. Pensar de forma diferente seria estimular o encilhamento dos atendimentos médicos nos hospitais públicos, o que, na realidade, é o que se vê com frequência.

Por fim, outra situação que merece atenção são os casos em que houve acumulação de cargos com incompatibilidade de horários, mas o ente público promoveu os devidos descontos no contracheque do servidor. Nestas situações, o enriquecimento ilícito é afastado, pois não houve apropriação de valores públicos. Todavia, ainda assim, permanece a conduta ímproba na

vertente de atentado contra os princípios da Administração, pois o serviço público fica prejudicado com a ausência repetida do agente público.

3.3 Do atentado contra os princípios da Administração

As condutas que atentam contra os princípios da Administração estão previstas no art. 11 da Lei nº 8.429/90, e implicam “*qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*”.

No caso, as acumulações de cargos públicos ilícitas, o principal embate ocorre com o dever de honestidade e lealdade às instituições. Sobre o tema da honestidade, José Afonso da Silva assim discorre:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de ‘o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer¹⁶.

A acumulação ilícita, com compatibilidade de horários, ofende a noção de probidade quando o agente “omite” tais informações da Administração, visando a manter outro cargo público em situação expressamente proibida pelo texto constitucional. Nestes casos, esta vontade de agir de forma pretensa se mostra incompatível com os princípios que devem ser resguardados pelo servidor público e está incursa no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Neste sentido, a jurisprudência do STJ é assente:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. AUSÊNCIA DE ATAQUE A FUNDAMENTO ESSENCIAL DO ARESTO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO À LEI Nº 8.429/92. ARGUMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. CONDENAÇÃO COM BASE NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92.

¹⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de constitucional positivo*. 2.ed. São Paulo: RT, p.563.

DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE. DOSIMETRIA DAS PENAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO QUE APRESENTA ARGUMENTO NÃO VEICULADO NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. VEDAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

4. O entendimento consolidado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça assevera que os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei nº 8.429/92, embora dependam da presença de dolo ao menos genérico, dispensam a demonstração da ocorrência de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito do agente.

[...]

(AgRg no REsp 1294470/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015).

“11. Entretanto, quanto ao artigo 11 da Lei 8.429/1992, a jurisprudência do STJ, com relação ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em regra, independe da ocorrência de enriquecimento ilícito ou de dano ao Erário. Nesse sentido: REsp 1.320.315/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.11.2013, AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.5.2015, REsp 1.275.469/SP, Rel. (REsp 1658192/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 30/06/2017)

Assim, mesmo que não exista enriquecimento ilícito, configurado o dolo, caberá punição pelo art. 11 da Lei nº 8.429/90.

3.4 O dolo

3.4.1 Noção de dolo como elemento subjetivo do ato ímprobo

A noção do dolo, no âmbito da improbidade administrativa, tem sua conceituação adaptada do direito penal, podendo ser definida como vontade livre e consciente para a prática ou omissão de ato ímprobo, ou a mera aceitação do risco de produzi-la.

O conceito de ato ímprobo é mais restrito que o de ato ilícito. Suponhamos um agente público que recebeu uma gratificação que veio a ser julgada ilegal pelo Tribunal de Contas. De certa forma, ele auferiu uma vantagem ilícita. Todavia, se havia uma discussão jurídica sobre o seu direito, o erro na sua interpretação não pode levá-lo a ser condenado por improbidade administrativa, pois não agiu com dolo, e, especialmente, com má-fé.

Vê-se, portanto, que o conceito de dolo passa pela necessidade de análise da má-fé do agente público. Alguns doutrinadores, como Emmerson Garcia¹⁷, defendem que a análise deste critério deve ser feita não sob uma perspectiva do elemento subjetivo do ato de improbidade, mas, sim, de circunstâncias pessoais e circunstanciais do agente.

Todavia, parece que dolo e má-fé encontram-se associados no ato ímprobo, pois a má-fé se concretiza pela consciência da ilicitude do ato, ou seja, está ligada à vontade, e não como circunstância pessoal do indivíduo¹⁸.

Por isto, um agente político que deliberadamente insere em seu contracheque uma gratificação ao qual o seu cargo não faz jus, sem nenhum embasamento jurídico para tanto, terá praticado o ato de má-fé e incorrerá em improbidade administrativa.

A exigência de dolo, como elemento essencial para a caracterização de ato de improbidade, é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

3. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. (*REsp 1666279/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 19/12/2017*).

Todavia, ao mesmo tempo, não se exige um dolo específico:

3. Os atos de improbidade administrativa, descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

¹⁷GARCIA, Emmerson. *Improbidade administrativa*. 7.ed. São Paulo: Saraiva: 2013. p.340.

¹⁸Esta posição se assemelha à teoria neokantista, que coloca o dolo no campo da culpabilidade e rechaçada pelo finalismo. Mas parece solucionar a questão. Talvez seja possível o estudo da culpabilidade do ato ímprobo em conformidade com a teoria tripartite defendida por esta escola penal. Contudo, na prática, é de se reconhecer que tais questões têm sido abordadas na jurisprudência dentro do dolo.

4. Cumpre destacar, ainda, que o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas.

(AgRg no REsp 1539929/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 02/08/2016).

Isto significa que não é necessário perscrutar a vontade do agente, para se ter certeza de que agiu comissivamente ou omissivamente com um intuito específico, ou seja, por exemplo, não se faz necessário demonstrar que o agente público praticou o ato porque queria ser desonesto e auferir vantagem ilícita. É simplesmente necessário provar que ele tinha controle de sua vontade, e inseriu a informação falsa deliberadamente.

Este tema assume relevante importância porque é comum a tese de defesa de que cargo público foi acumulado de boa-fé e que não se sabia da ilicitude da sua conduta. Todavia, se, em algum momento, tiveram a obrigação de informar sobre outros cargos, e o não fizeram, fica demonstrado o dolo na conduta ímproba.

3.4.2 Do dolo na acumulação de cargos com horário incompatível: enriquecimento ilícito

Neste cenário, a incompatibilidade de horários por si só já importa em demonstração de dolo para caracterização do ato ímprobo, pois é inerente a qualquer um a impossibilidade de exercerem-se dois cargos públicos ao mesmo tempo. Nestes casos, não existem grandes dificuldades à configuração do ato de improbidade.

O mesmo não acontece quando ocorre somente a violação dos princípios da Administração.

3.4.3 Dolo na acumulação juridicamente ilícita de cargos: atentado contra os princípios da administração

Nesta hipótese, a conduta do agente público é dolosa quando a acumulação de cargos é ilícita, e o agente omite o primeiro cargo no ato de nomeação do segundo. A principal ferramenta para evidenciar o seu dolo é a

declaração de inexistência de acumulação de cargos públicos, que está prevista no art. 13, §5º da Lei nº 8.112/90, e a que todo servidor está obrigado a fornecê-la, no ato da posse.

Nestes casos, o servidor terá de optar entre prestar declaração falsa ou ser impedido de tomar posse. Se o servidor assinou uma declaração falsa, além de configurada a prática de ato de improbidade, poderá responder por crime de falsidade ideológica.

Mesmo sem a supramencionada declaração, outros elementos poderão servir para evidenciar o dolo, a exemplo do depoimento pessoal do agente público e de testemunhas. O dolo também poderá configurar-se quando o agente pede exoneração de um cargo em razão de uma atuação fiscalizatória do ente público ou do Ministério Público e, depois, vem a assumir outro cargo, em situações semelhantes.

Se não forem evidenciados elementos probatórios do dolo, prevalece a presunção de boa-fé. Muito embora se reconheça a ilicitude do ato, fica desconfigurada a prática de ato de improbidade administrativa.

4 Tribunais Superiores

4.1 Ausência de abordagem sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Sobre acumulação de cargos, o Supremo Tribunal Federal normalmente não recebe os recursos extraordinários que abordam a temática de improbidade. Argumenta-se que se trata de matéria infraconstitucional. Segue uma jurisprudência, por todas:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR. ACUMULAÇÃO DE CARGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE CONDUTA ENSEJADORA DA CONDENAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DO CARGO ASSENTADAS PELA CORTE DE ORIGEM. COMPREENSÃO DIVERSA DEMANDARIA O REEXAME DO QUADRO FÁTICO DELINEADO. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973.

1. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreensão diversa demandaria o revolvimento do quadro fático delineado, procedimento vedado em sede extraordinária. Desatendida a exigência do art. 102, III, 'a', da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.
2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.
3. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 639772 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 06-11-2017 PUBLIC 07-11-2017).

A última manifestação do STF sobre o assunto ocorreu em 2016, quando declarou ímproba a acumulação do mandato de vereador com um cargo comissionado da mesma Prefeitura Municipal¹⁹. No caso, a Corte Máxima entendeu que estava configurado ato de improbidade administrativa praticado pelo vereador e pelo prefeito que o nomeou.

A Corte Suprema age com acerto, pois a maior parte dos casos não envolve discussão da matéria constitucional, que é bastante clara, mas, sim, a subsunção do ato ilícito à Lei de Improbidade Administrativa.

4.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Portanto, a maior parte das decisões finais são encontradas no STJ, que aplica a Lei de Improbidade Administrativa ao tema. Analisemos alguns casos pertinentes:

4.2.1 O desconto de faltas decorrentes de acumulações ilícitas pelo ente público não afasta o ato ímprobo²⁰

A ré acumulou o cargo de agente administrativo com o de auxiliar de enfermagem. Entre outubro de 2004 a abril de 2007, ela faltou 233 dias. Estas 233 faltas foram descontadas do seu contracheque, todavia, no entender do STJ, “*trouxeram inequívoco prejuízo ao Poder Público, porquanto ao se*

¹⁹RE 632184 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 01-12-2016 PUBLIC 02-12-2016.

²⁰REsp 1658192/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 30/06/2017.

ausentar injustificadamente de sua função de técnica em enfermagem, afetou a adequada prestação do serviço público pelo Município.”

Ainda, ao apreciar a conduta ímproba, o Tribunal assim decidiu:

[...] a partir do momento em que a ré firma declaração de que não ocupa outro cargo público, declarando ser ‘expressão da verdade’ (fl. 126), e que pela declaração ficaria ‘inteiramente responsável de acordo com o inciso XVI, artigo 37 da Constituição Federal’ (fl. 126), mostra-se patente a ofensa ao dever de honestidade e legalidade. Não se pode considerar uma violação à Carta Magna como mera irregularidade.

Portanto, a imputação de ato de improbidade decorreu das faltas excessivas, mesmo tendo sido descontadas do contracheque, e da desonestidade da agente pública, que prestou declaração falsa de acumulação de cargos.

4.2.2 Omissão em informar emprego público na declaração de inexistência de acúmulos de cargos configura ato ímprobo, mesmo que a declaração só mencione o termo “cargos”, quando se trata de profissional do direito²¹ e ²²

O réu acumulou ilicitamente dois cargos públicos, um emprego público e um emprego na iniciativa privada, totalizando três vínculos públicos e um privado. Além disto, omitiu as informações sobre vínculos existentes quando tomou posse em um dos cargos. O réu alegou que este formulário questionava apenas o exercício de outro cargo ou função pública, sem menção a emprego público. O STJ entendeu que o réu era advogado e professor de Direito, com mestrado e doutorado, “*não se admitindo desconhecimento das vedações constitucionais*”.

Outro caso foi o de um réu que exercia, concomitantemente, cargo de assessor jurídico estadual e chefe de gabinete municipal. O elemento subjetivo ficou demonstrado, no entender do STJ, em razão de se tratar de profissional do Direito, que não poderia desconhecer a vedação constitucional.

Esta jurisprudência tem relevância porque enfatiza no conceito de dolo e má-fé, o conhecimento jurídico dos agentes públicos.

²¹ AgRg nos EDcl no AREsp 471.258/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 12/02/2016.

²² AgRg no AREsp 372.957/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015.

4.2.3 A acumulação de três cargos públicos caracteriza ato ímprobo

O réu assumiu três cargos de professor: o primeiro com 25h, o segundo com 20h e o terceiro com 16h. No caso, ao assumir o terceiro vínculo, no entendimento do STJ, ficou configurado o ato de improbidade administrativa²³.

5 Aspectos práticos para análise de acumulações ilícitas de cargos públicos

5.1 Da utilização do procedimento administrativo disciplinar sumário como complemento à atuação ministerial

Antes do ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa, o membro do Ministério Público pode requisitar a instauração de procedimento administrativo disciplinar sumário, previsto no art. 133 da lei nº 8.112/90, para apuração da acumulação ilícita de cargos.

A utilização dos mecanismos administrativos disciplinares do ente público, no enfrentamento de acumulações ilícitas, atende duas finalidades: na inércia do gestor na realização do procedimento, demonstra sua leniência e conluio de vontade com o agente público que acumula; ou, caso o procedimento administrativo seja instaurado, o agente público que acumula cargos fica obrigado a optar por um deles, sob pena de demissão.

Com isto, é possível sanar a acumulação ilícita em tempo mais curto do que pela via judicial, pois o procedimento sumário é bastante simplificado e, portanto, mais célere. Desta maneira, é recomendável a utilização dos mecanismos de controle administrativo para a extinção do vínculo ilícito, deixando ao encargo do Judiciário apenas a aplicação das penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/90.

5.2 Da declaração de inexistência acumulação de cargos

Quanto às diligências probatórias, é bastante importante se obterem as declarações de inexistência de acumulação de cargos públicos, pois a declaração ideologicamente falsa é apta a configurar o dolo do agente. Em realidade, a prática de crime de falsidade documental, no exercício do cargo,

²³ REsp 1666279/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 19/12/2017.

por si já repercute no âmbito da improbidade administrativa, pois afronta o princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos.

É de bom alvitre se requerer a declaração dos dois cargos públicos, pois, mesmo que inexistir o documento relacionado ao segundo vínculo, a declaração do primeiro vínculo servirá para demonstrar que o agente sabia sobre as restrições constitucionais atinentes à matéria.

Em caso de inexistência deste documento, como estratégia fiscalizatória do Ministério Público, deve-se expedir recomendação ministerial em face do gestor do ente público, para que promova recadastramento dos seus servidores e sane as irregularidades constatadas.

No futuro, este ato recomendatório poderá servir para responsabilização do gestor que deixar de obter as declarações de inexistência de acumulação de cargo, pois verificar-se-á que ele deixou de praticar ato de ofício (art. 11, inc. I da Lei nº 8.429/90) em detrimento aos princípios da Administração relativos à inacumulabilidade de cargos públicos. Todavia, se os documentos faltantes forem regularizados, esta responsabilização inexistente, mas novas investigações disporão da documentação necessária à apuração do caso.

É também necessário se atentar à ordem cronológica das acumulações de cargos, pois a declaração de inexistência de acumulação de cargos só é ideologicamente falsa quando assinada à época da criação do segundo vínculo estatal. Infelizmente, nosso sistema administrativo não obriga que o agente público comunique a nova acumulação a todos os entes públicos com o qual já possui vínculo.

5.3 Da folha de frequência

Quanto à análise da folha de frequência, para fins de incompatibilidade de horários, é bastante comum que as ausências do servidor sequer apareçam nesses documentos. Tem-se a seguinte situação: o servidor não compareceu, saiu mais cedo ou chegou mais tarde, e assinou com horário supostamente correto. Todavia, isto ocorreu nos dois cargos em que o servidor acumulador ocupa.

Se o motivo do preenchimento falso foi a existência de uma outra profissão, fica caracterizado o dolo do agente, tanto para fins penais como de improbidade administrativa. Também, o chefe imediato do servidor poderá ser responsabilizado por sua conduta omissiva quanto ao acompanhamento da frequência dos seus subordinados.

Noutro giro, caso a folha de frequência tenha sido adequadamente preenchida, mas os contracheques foram pagos em sua totalidade, o chefe indireto, ou o responsável pelos recursos humanos do ente público (a depen-

der de quem ignorou a folha de frequência), também poderá ser responsabilizado, pois não determinou a instauração de Procedimento Administrativo sumário para promover descontos no contracheque.

Na inexistência de provas acerca de qual dos dois cargos públicos não foi efetivamente exercido, a solução é a imputação da conduta ímproba ao cargo com menor remuneração, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*.

6 Conclusão

Após a Constituição Federal de 1988 e as Leis Federais nº 8.429/90 e 8.112/90, o nosso sistema jurídico passou a dispor de ferramentas adequadas para a fiscalização de acumulações ilícitas de cargos públicos.

No âmbito da jurisprudência, somente agora que diversas teses estão se firmando, tratando-se de um tema recorrente. Já no âmbito extrajudicial, quando se investiga o assunto, vê-se que há necessidade de certos cuidados quanto ao tema e utilização de métodos eficazes.

Para solução da questão, não basta tão somente a persecução do agente público que acumulou o cargo indevidamente. É necessário que o(a) Promotor(a) de Justiça se utilize dos mecanismos requisitórios ministeriais para fazer funcionar o sistema administrativo disciplinar do ente público, com a vantagem de obter-se uma célere decisão administrativa com a demissão do agente público que acumula ilicitamente um cargo, concentrando-se atividade judicial na aplicação de penalidades da Lei de Improbidade Administrativa. Também, há de se exigir a correção de falhas burocráticas do ente público quanto às declarações de inexistência de acumulação de cargo dos agentes públicos nomeados, para fins de produção probatória de qualidade no âmbito judicial.

Assim, com os avanços relativos ao tema, especialmente com a possibilidade de automação digital de algumas rotinas fiscalizatórias, será possível o estancamento destas condutas ilícitas, que prejudicam a qualidade do serviço público, geram gastos desnecessários ao Erário e ofendem diametralmente a nossa Constituição Federal.

Referências

- CARNEIRO, Alaim de Almeida. A acumulação de cargos públicos. Rio de Janeiro. *Revista de Direito Administrativo*, v.10, 1947. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10257/0>>.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- GARCIA, Emmerson. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Carlos Medeiros. Os funcionários públicos e a Constituição. Rio de Janeiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 33, 1953. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12976>>.
- ZOLLER, Gregory. *Análise de cargos duplos: pode o legislativo criar exceções?* Indiana Law Review: 2004. Disponível em: <<https://mckinneylaw.iu.edu/ilr/pdf/vol37p733.pdf>>.

ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A RESPONSABILIDADE FUNDAMENTADA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Taise Monteiro dos Santos
Bacharela em Direito

Resumo

O estudo em questão visa a examinar a responsabilização do Estado juntamente com seus agentes diante das condutas de assédio moral praticadas nas relações entre seus servidores. De acordo com estudos bibliográficos de doutrinadores jurídicos, o terror psicológico traz consequências específicas, em detrimento das peculiaridades do setor público. A prática de assediar é danosa tanto para a administração pública quanto para seus interlocutores. Portanto, é imprescindível a análise da responsabilização do Estado, além das consequências para o agressor e posterior ressarcimento das vítimas, com principais fundamentos no instituto da improbidade administrativa.

Palavras-Chave: Assédio moral. Administração Pública. Improbidade administrativa.

Abstract

The study aims to examine the accountability of state along with their agents in the face of moral harassment practiced in relations between their public employees. According to bibliographic studies of legal doctinaire, the psychological terror brings specific consequences over the peculiarities of the public sector. The practice of harassing is harmful both for the government and for its interlocutors. Therefore, it is essential to analyze the accountability of state, in addition to the consequences for the aggressor and subsequent compensation of the victims, with mains fundamentals at the Institute of administrative Improbability.

Keywords: Moral harassment. Public Administration. Administrative improbity.

1 Introdução

O trabalho científico em questão traz a problemática do embasamento jurídico que melhor se adequa à sanção do ato de assédio moral no âmbito da administração pública. Após pesquisa e reflexão acerca do tema, conclui-se que a melhor forma de conduzir a punibilidade da prática ilícita é o embasamento através do instituto da improbidade administrativa.

A hipótese principal tem como alicerce os Direitos Fundamentais e garantias individuais constitucionais para fundamentar a existência do assédio moral na esfera pública, consistindo, de fato, uma conduta antijurídica. Nas demais hipóteses, foram analisadas a aplicação da legislação civil por meio dos recortes referentes à responsabilização civil subjetiva, com a finalidade de auxiliar na punição do agente ativo do assédio moral, e os institutos do Direito Administrativo: improbidade, imoralidade e ética na administração pública, em conjunto com sua legislação e jurisprudência vigente.

Os objetivos do presente trabalho é demonstrar de forma crítica o assédio moral sofrido pelo servidor público no ambiente laboral, na busca pela tutela jurisdicional, por meio da responsabilização do Estado e seus agentes públicos. Na sequência, apresentar conceitos relevantes para o estudo do tema abordado; analisar o fenômeno do assédio moral, seus elementos caracterizadores, modalidades, suas consequências no âmbito social, psicológico, laboral investigar a responsabilidade do Estado de forma geral na prática do Assédio Moral em repartições públicas e cooperar para ampliação da visibilidade jurídica e social do tema.

A justificativa abordada tem como finalidade expor as consequências dos embates negativos à integridade psíquica e à saúde do trabalhador, tornando-se uma iminente preocupação social. Todavia, o foco jurídico apresenta mudanças que evidenciam garantias de uma efetiva punição dos agentes responsáveis, com o fim de prevenir essa prática impiedosa, que traz consequências à vida e ambiente de trabalho do obreiro.

No primeiro capítulo, a teoria geral dos direitos fundamentais contextualiza os direitos constitucionais ao tema, consoante uma maneira de humanizar as relações laborais, inter-relacionando, no segundo capítulo, os direitos fundamentais de personalidade com a conduta do assédio moral.

Na sequência, abordou-se o tema assédio moral, em um método de comparação da esfera trabalhista pública e privada, apresentando as características em ambos e as peculiaridades do assédio moral na administração pública, apresentando conceitos e entendimentos doutrinários sobre o tópico.

O quarto capítulo, de notável relevância, disserta sobre o tratamento jurídico interpelado ao conteúdo, sustentado por artigos de leis, Constituição Federal, doutrina e jurisprudências, para estribar a fundamentação em aplicar as sanções cabíveis às condutas ilícitas. A sessão foi complementada por duas subseções: responsabilidade civil do estado face ao assédio moral, com sustentáculo na Carta Magna, leis e julgados do STF; e na responsabilidade

do ofensor no âmbito jurídico, com regime jurídico de servidores, lei de improbidade administrativa, doutrina, princípios e jurisprudências inovadoras sobre o assunto.

E, por derradeiro, as considerações finais com a intenção de trazer o problema suscitado, os desfechos obtidos, as indagações levantadas, de forma a identificar a responsabilização por improbidade administrativa em face da conduta do agente e responsabilidade do Estado.

2 Teoria geral dos Direitos Fundamentais

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo na proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o alicerce para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões, em virtude de a carta constitucional ser norma suprema do ordenamento jurídico e a concepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima.

À vista disso, para o entendimento do presente, faz-se necessário compreender o passado. Dessa forma, Mendes e Branco (2014) consideram a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias, sendo resultado da maturação histórica, compreendendo-se que os direitos fundamentais nem sempre são os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.

Por conseguinte, o Cristianismo marca o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a *predispôr* uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e que o mesmo assumiu a condição humana para redimi-la, imprimem à natureza humana é alto valor intrínseco, que norteia o direito positivo (MENDES e BRANCO 2014).

Por seguimento, nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas enfatizaram a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado que, servindo aos cidadãos, é uma instituição relacionada para lhes garantir os direitos básicos. Essas ideias foram decisivas na influência sobre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração Francesa, de 1789. Por essa razão, situa-se o ponto crucial do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o *Bill of Rights* de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos (MENDES e BRANCO, 2014).

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e

se reconhece que o indivíduo tem, primeiramente, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo ordenam-se ao objetivo de cuidar melhor das necessidades dos cidadãos (MENDES e BRANCO, 2014).

Nas concepções filosóficas justificadoras dos direitos fundamentais, para os *jus* naturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, os quais são anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Em contrapartida, para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas (MENDES e BRANCO, 2014).

2.1 Gerações de Direitos Fundamentais

Mendes e Branco (2014) apresentam a evolução dos direitos fundamentais em três gerações: a primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa, sendo os primeiros a serem positivados, logo ditos de primeira geração, Direitos que são postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. Como consequência, novos direitos ganharam espaço no catálogo dos direitos fundamentais, por não mais corresponderem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas; há os denominados de direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Diz respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, dentre outros. Também consideram os autores em que é realçado o princípio da igualdade na segunda geração dos direitos fundamentais, os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não por serem direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – em sua maioria esses direitos têm por titulares indivíduos singulares (Mendes e Branco, 2014).

Em contrapartida, os direitos de terceira geração especificam-se pela titularidade difusa ou coletiva, visto que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos, trazendo o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural (MENDES e BRANCO, 2014).

De acordo com Lammêgo Bulos (2014, p.529), existem mais três gerações além das já supracitadas: a quarta geração que é o direito dos povos

pelo fato de a atualidade ter revelado alterações na vida e no comportamento dos homens, em cujo contexto os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os coletivos, os difusos, os individuais homogêneos passaram a conviver com outros de notória importância e envergadura. Ao Referir-se a essa geração, menciona-se a saúde, informática, *softwares*, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, inseminação artificial, clonagens, engenharia genética, dentre outros; a quinta geração dos direitos fundamentais corresponde à paz. A força normativa do direito à paz está sedimentada em preceitos legais e fundamentais, e, até, em diplomas internacionais, a exemplo da Declaração das Nações Unidas e na Organização para a proscrição das Armas Nucleares na América Latina (O PANAL). No Brasil, o direito fundamental à paz é um corolário do mandamento insculpido no art. 4º, IV, da Constituição de 1988¹ (Bulos, 2014, p.529-530); e, por fim, a sexta geração corresponde à democracia, à liberdade e direito à informação e ao pluralismo. A democracia é um direito fundamental, porque o arbítrio não se iguala com o regime das liberdades públicas, que se opõe à força, à brutalidade, ao abuso de poder. O direito de informação, por sua vez, é outra liberdade pública da coletividade. Não se personifica, muito menos, dirige-se a sujeitos determinados (Bulos, 2014, p.530-531). Conecta-se à liberdade de informação, porque todos têm a prerrogativa de informar e ser informado. O acesso ao conhecimento não pode ser tido como privilégio apenas de uns. Já o pluralismo político é a composição da sociedade pelos seus diversos segmentos, sendo outro direito fundamental de grande envergadura, no panorama das liberdades públicas. Conclui-se que a visão dos direitos fundamentais, em termos de gerações, indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo (Bulos, 2014, p.530-531).

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana. Os direitos humanos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e somente existe um direito fundamental quando se pode sustentar que o direito ou instituição serve a algum desses valores (MENDES e BRANCO, 2014).

2.2 Características dos Direitos Fundamentais

O conceito dos direitos fundamentais traz uma série de dificuldades, bem como suas características também não é uma tarefa fácil para definir.

¹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (...) IV – não-intervenção.

Por conseguinte, existe a possibilidade de apontar características do direito em questão. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais são universais e absolutos, ou seja, na acepção de situarem-se no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Contudo, é pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. Outra característica é a historicidade que forma um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico (MENDES E BRANCO, 2014).

Um atributo não menos importante: inalienabilidade/indisponibilidade. Inalienável é quando são excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica, quer material. Por exemplo, o homem não pode ser livre para ter ou não dignidade, uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre. A constitucionalização, outra característica dos direitos fundamentais, diz com o fato de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica (MENDES E BRANCO, 2014).

Uma estabelecida característica: constitucionalidade determina a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, de forma que a expressão direitos humanos é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. Direitos fundamentais são reservados aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado (MENDES E BRANCO, 2014).

Com relação à característica de Vinculação dos Poderes Públicos, o fato de os direitos fundamentais estarem na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam consideradas meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade no caso de ser ignorado (Mendes e Branco, 2014).

Entretanto, com relação ao atributo da Vinculação do Poder Legislativo, torna-se imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa. A inércia do legislador em satisfazer uma imposição de concretização do direito fundamental pode ensejar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção (MENDES E BRANCO, 2014).

3 Violação dos Direitos Fundamentais da personalidade pela prática do assédio moral

A princípio, é importante expressar a eficácia imediata dos direitos fundamentais, que está fundamentada no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição, tendo suas normas de aplicação imediata no ordenamento brasileiro, por exemplo, independe de qualquer ato ou ação, lei ou contrato: o direito fundamental de proteção à vida íntima e privada nas relações trabalhistas (MEIRELES, 2013), por se tratar o assédio moral, em uma violação aos direitos fundamentais, em especial a dignidade humana, o qual se encontra na Carta Magna para a defesa desse direito e alicerçando futuras ações civis de indenização.

Diante da incompletude da normatização relativa ao assédio moral no direito brasileiro, é crescente o progresso da constitucionalização dos direitos humanos, sendo necessário enfatizar os ramos com maior sensibilidade do Direito, sobretudo o do Trabalho e seu processo, elevando seu status de garantias fundamentais. Atingindo de certa forma o assédio moral, estimulando as medidas de tratamento enviesado e indireto em diversos textos da Carta Magna, contribuindo a prevenção ou repressão dos reflexos antiéticos que o tema traz aos Direitos Fundamentais (RODRIGUES PINTO, 2013, p. 792).

A dignidade humana está presente no artigo 1º, inciso III², como um fundamento da República. A preservação da intimidade, da honra e da imagem advém logo após, no artigo 5º, inciso X³, da mesma forma que a garantia à saúde (artigos 194/196), da integridade pessoal (artigo 199, parágrafo 4º) e da liberdade de pensamento (art. 205), sendo de suma importância para o registro da diferença, a garantia do art. 200, VIII⁴, CF/1988 ao meio ambiente, nele compreendido o do trabalho, sendo, igualmente, compreendidos os fundamentos sociais (RODRIGUES PINTO, 2013, p. 792).

Além disso, em sede de Direito Constitucional de processo, a defesa da dignidade humana adquiriu amparo na instauração de inquérito civil público e em promover ação civil pública concedida ao Ministério Público

²Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III - a dignidade da pessoa humana.

³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁴Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...)IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico.

em face de suas funções institucionais, similarmente, havendo também a fundamentação na lei complementar n.73 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que autoriza em seu artigo 6º o uso dos dois instrumentos citados na efetiva garantia dos interesses individuais indisponíveis, homogêneos, difusos e coletivos (RODRIGUES PINTO, 2013, p.793).

Diante do exposto, existe um paradoxo face à colisão dos direitos da liberdade de expressão e a ofensa à honra e à imagem. Em sabedoria popular, “o direito de alguém termina onde começa o do outro”. Os limites citados deverão ser determinados por lei, que, de fato, se faz presente no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, trazendo à tona que o indivíduo tem o direito de fazer tudo aquilo que não prejudique outrem, levando a concluir que os direitos e liberdades não são absolutos nem ilimitados (ROMITA, 2015, p.1071).

Na maioria das situações em que está em causa o direito de alguém, podendo confrontar esse direito com o de outrem, não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante, ou seja, deve-se falar em direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, de certa forma, um limite superável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente, sendo necessário que os significados do texto sejam filtrados pela interpretação, afastando as incertezas inerentes da leitura do texto, esclarecendo as obscuridades contidas (NORBERTO BOBBIO APUD ROMITA, 2015, p. 1070).

Por conseguinte, em face das controvérsias citadas, a Constituição da República, dispõe sobre a Liberdade de expressão e direito a livre manifestação de pensamento, em seus artigos 5º, inciso IV⁵ e artigo 220⁶, *caput*, respectivamente. Por fim, o Direito à honra e à imagem está presente no inciso X do já citado artigo 5º, e são invioláveis a honra e a imagem das pessoas, sendo as duas características um atributo da personalidade, aproximando-se da reputação. De acordo com o autor já aludido, a solução para o conflito dos direitos fundamentais expostos é a aplicação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade (ROMITA, 2015, p.1071).

À vista disso, para a aplicação da razoabilidade, é necessário afastar a lógica formal para a resolução do problema, sendo uma solução jurídica razoável quando aceitável, nos limites do racional. Enquanto a proporcionali-

⁵Art. 5º (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

⁶Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

dade não se restringe ao razoável das restrições estabelecidas em lei, aplica-se o princípio da proibição dos excessos, sendo as restrições aplicadas na justa medida, utilizando-se a adequação da medida ao fim almejado: a necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade para permitir a ponderação entre o peso da restrição e o resultado pretendido (CANOTILHO, APUD, ROMITA, 2015, p.1079).

O conflito dos direitos fundamentais é solucionado mediante a determinação da prevalência de um em face do outro, ou seja, o conflito entre regras jurídicas se resolve no plano da validade, de forma que uma das regras será considerada inválida. A solução dos conflitos se dá por critérios de cronologia ou de especificidade (ROMITA, 2015, p.1080).

Por conseguinte, a solução de conflitos em direitos fundamentais é solucionada de forma diversa, ou seja, que um deles deve ceder perante o outro. Mas isso não significa que o direito afastado seja declarado inválido. Diante do caso concreto, um dos direitos prevalece sobre o outro, por exemplo, em relação ao assédio moral, o direito à imagem e honra prevalece em relação ao direito da liberdade de expressão, sopesando os direitos que, de forma abstrata, tem a mesma hierarquia, e um deles passa a possuir maior peso no caso concreto (ROMITA, 2015, p.1080).

Por fim, cabe ao intérprete avaliar as razões a favor de um e de outro, encontrando o ponto de equilíbrio entre ambos para o caso em realidade. É necessária a análise das características do fato, a escolha de qual dos direitos seja mais digno de proteção, evitando-se o subjetivismo, escolhendo-se, no caso concreto e em terceiro lugar, as técnicas de ponderação que não dão respostas para mais ou menos, ou seja, o valor ou bem jurídico sacrificado ocorra, unicamente, na medida necessária para dar efetividade àquele ao qual foi dada a prioridade, e o valor básico e principal será o respeito à dignidade da pessoa humana (ROMITA, 2015, p.1081).

À vista disso, o fato de o assédio moral no trabalho ser tão antigo quanto o próprio trabalho, em que o potencial danoso atingiu a concepção de direitos fundamentais, tornou o Direito do trabalho pioneiro em medidas de combate preventivo, de qualificação dos respectivos ambientes, combate repressivo e/ou indenização de danos morais e/ou materiais advindos da prática abusiva (RODRIGUES PINTO, 2013, p.789).

4 Assédio moral na Administração Pública

O tema tem uma especificidade em comparação à esfera particular, principalmente no que diz respeito ao regime estatutário. As empresas

privadas apresentam a busca pela crescente produtividade e lucratividade diante dos mercados competitivos. Em contraposição, o poder público não se insere nesse contexto, uma vez que as atividades desenvolvidas são para suprir as necessidades e interesses coletivos. Em vista disso, não é objetivo o lucro. O que é verificado na administração pública é apenas o pleiteio pelo poder, com seus excessos.

Além desse fato, é manifesto que a figura do servidor público, em exercício de função, expõe-se a práticas de condutas ilegais e evitadas de delitos, como, por exemplo, desvio de verbas públicas, corrupção, dentre outros atos de improbidade administrativa, enumerados na conhecida Lei de Improbidade Administrativa nº 8429/92, em seus artigos 9, 10 e 11.

Por consequência, quando o servidor distinto e honesto, que não se inclui na participação dessas práticas delituosas ou denuncia as irregularidades existentes no serviço público, torna-se malquisto pelos colegas desonestos, torna-se o assédio moral uma ferramenta para afastar o “obstáculo” às condutas imorais e ilícitas.

Em vista da estabilidade que o servidor adquire, o estatutário não pode ser dispensado imediatamente, salvo esteja incurso nas hipóteses elencadas no artigo 41⁷, parágrafo 1º, I, II e III da Constituição Federal. Protege-o o supracitado texto constitucional da dispensa arbitrária do servidor, amparando-o. Contudo, o mesmo, ao ser submetido ao assédio, por não ser dispensado, torna-se vulnerável, diante da exposição, por longo período, à conduta desumana, vindo a adoecer por depressão e levado até ao suicídio.

Sob outra perspectiva, o assédio projetado nas repartições privadas poderá ser detido com uma maior facilidade, pois, diante do vínculo empregatício mais flexível, possibilita a evasão do trabalhador mais facilmente, por ato próprio ou da empresa. Esta situação, consequentemente, torna mais tolerantes os vestígios do assédio (HIRIGOYEN, 2014, p.71).

Convém destacar que os empregados celetistas, quando são expostos a algumas situações salvaguardadas em legislação, podem promover petição trabalhista e requererem a rescisão indireta do instrumento contratual trabalhista, garantindo-lhes, por lei, a indenização por conta da citada

⁷ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

rescisão, com fundamentação no artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho- CLT⁸.

Evidenciam-se as alíneas “a”, “b”, “e” e “g” do mencionado texto de lei que traz situações específicas, as quais, de forma continuada, definem o assédio moral. Isto posto, se comprovadas às ações danosas do empregador, libertar-se-á o empregado da situação maléfica. Em contrapartida, os argumentos supracitados não se aplicam aos trabalhadores estatutários.

4.1 Assédio moral

O artigo em questão retrata a realidade do fenômeno “assédio moral” no nosso ordenamento pátrio, apesar da lacuna legal do assunto específico. Por conseguinte, o tema abordado tem alcance na administração pública, sendo imprescindível para o aprofundamento do conteúdo “assédio moral no serviço público”, para adentrar no tema em sua especificidade. À vista disso, serão apresentados conceitos relativos ao fenômeno que motiva esta temática, apresentando suas características, definições e as diversas espécies que o compõem.

O assédio moral é a utilização das ciências lógica e retórica, através da linguagem, que tem por finalidade isolar e segregar uma pessoa, grupo de indivíduos ou até um povo. Ao reduzir esse conceito para o campo trabalhista, pode-se dizer que é a exposição do empregado, seja por superiores ou colegas, as situações humilhantes ou constrangedoras de forma repetitiva ou prolongada (RODRIGUES PINTO, 2013, p.788).

Quanto nos limites etimológicos, de acordo com Messias da Silva (2015), foi adotado no Brasil o termo “assédio moral”, contudo, em outros países no mundo, este possui outras denominações adiante expostas: *harcèlement moral* (assédio moral), na França; *bullying* (tiranizar), na Inglaterra; *mobbing* (molestar), nos Estados Unidos, *psicoterror laboral*, *acoso moral* (psicoterror laboral, assédio moral), na Espanha. As diferentes denominações globais se reúnem em uma única atitude social e trabalhista que, de forma brilhante, é conceituado por HIRIGOYEN:

⁸Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivos; às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; (...) e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; (...)g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

[...] o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho (HIRIGOYEN, 2014, p.65).

De forma a detalhar o conceito acima exposto, faz-se necessária a definição separada do termo “assédio moral”, o que Silva (2013) o faz: o sentido do verbo *assediar* que significaria perseguir, hostilizar, importunar, molestar e o adjetivo *moral*, que abrange um contexto ético (ausência) e a causa aos sentimentos de humilhação e degradação do assediado, gerando, no mesmo, o stress, trauma e depressão, sendo, por vezes, necessário que a vítima se utilize de tratamentos psiquiátricos. Diante do exposto, em relação ao conceito abordado, faz-se necessária a revisão das aplicações do termo como está infra mencionado:

(...) constata-se o uso inadequado do termo para reforçar pedidos em reclamações trabalhistas, como se qualquer cara feia de chefe ou rodízio de empregados fosse passível de ser considerado assédio moral. Não quer dizer que isso não possa significar parte de uma série de atitudes configuradoras de um conjunto que compõe a figura do assédio. Vale destacar que essas atitudes de formas isoladas não configuram assédio moral (BARRETO, 2013, p.304).

Deste modo, para que seja caracterizado o assédio moral é de suma importância que as atitudes danosas sejam de forma repetida, estabelecendo a necessária reflexão sobre o uso do termo, de forma a evitar a banalização do referido e estabelecendo a importância do instituto na prática jurídica.

Da mesma forma, é caracterizado o fenômeno por Guedes (2008), quando afirma que se trata de atitudes humilhantes, repetidas, com ausência de propósito, sem sentido, contudo com uma frequência considerável, que vem representada de desprezo e indiferença, através de tratamentos vexatórios, gestos obscenos, palavras imorais, provocando o isolamento e a degradação emocional, psíquica e existencial do atingido. A autora Hirigoyen também esclarece a forma de agir do agressor, ao empregar o terror psicológico para seus objetivos:

Para manter o poder e controlar o outro, utilizam-se manobras aparentemente sem importância, que vão se tornando cada vez mais violentas se o empregado resiste a elas. Em um primeiro momento, busca-se retirar dele todo e qualquer senso crítico, até que ele não saiba mais quem está errado e quem tem razão. Ele é estressado, crivado de críticas e censuras, vigiado, cronometrado, para que se sinta seguidamente sem saber de que modo agir; sobretudo não se lhe diz nada que possa permiti-lhe compreender o que aconteça (HIRIGOYEN, 2014, p. 76).

As atitudes levam a confusão da vítima, fazendo com que seja retirado seu senso crítico de forma que não reconhece o certo e o errado, inserindo-se numa situação de enclausuramento em suas angústias e confusão mental.

Diante do exposto, são notórias as consequências dessas atitudes reiteradas na dignidade da pessoa humana, na privacidade, não excluindo se também a saúde psíquica e física, que podem acarretar consequências, mesmo após findado o assédio. Isto posto, é de suma importância a especificação das diversas espécies desse instituto para aprofundamento do tema em questão.

A jurista Lora (2013, p.288) expõe os tipos de assédio moral no trabalho: o descendente, que é o praticado pelo superior hierárquico, constituindo a forma mais comum; em contrapartida, o assédio vertical ascendente se verifica quando os próprios empregados assediam o superior hierárquico. Este tipo é considerado raro, podendo acontecer em grupos de pessoas mais velhas, sendo chefiados por superiores mais jovens, na intenção de afastar o superior; na sequência da apresentação da tipologia, a mesma autora apresenta o assédio estratégico, que é aquele idealizado para afastar pessoas de seus quadros para reduzir despesas ou incorporar outras pessoas mais aptas; em seguida, cita o assédio organizacional, que é equivalente a uma “técnica gerencial” na qual os empregados são levados ao limítrofe de sua capacidade produtiva por motivos de ameaças, que desencadeiam a humilhação e a ridicularização até a despedida.

Para complementar as modalidades do instituto, tem-se o assédio horizontal, apresentado por Guedes (2008), como a perseguição utilizada pelos colegas de trabalho, tendo como principais causas a competição, a preferência pessoal do chefe, inveja, preconceito racial, xenofobia, questões políticas ou religiosas, a intolerância por opções sexuais, ou apenas por conta da vítima ser diferente. Essa classe pode acontecer de forma individual ou coletiva. Apresenta o exemplo dos nativos do Norte/Nordeste ao se deslocarem para o Sudeste, onde se deparam com situações humilhantes em face do racismo e xenofobia.

Não obstante a importância do tema principal relatado, “assédio moral”, são de suma importância as elucidações acerca da Administração Pública, seus agentes e a relação de trabalho, de forma a compor o tema em apreço: assédio moral na administração pública e a responsabilidade fundamentada na improbidade administrativa.

4.2 Administração Pública

O conceito de Administração Pública é relevante para esclarecer o tema em questão, o qual foi definido por Carvalho Filho (2014, p. 11-12): o sentido objetivo, pois, da expressão - que aqui deve ser grafada com iniciais minúsculas - consiste na própria atividade administrativa exercida pelo Estado por seus órgãos e agentes, caracterizando a função administrativa.

Trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, por prestação de serviços públicos, em sua organização interna, ou intervenção no campo privado, de forma restritiva (poder de polícia). A expressão pode também significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Leva-se em consideração o sujeito da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato. A diferença entre os dois sentidos está na expressão (conter iniciais maiúsculas): Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2014, p.12).

Entende-se que, no sentido objetivo, a referência é a função exercida pelo Estado, alude-se a atividade propriamente dita; enquanto, no sentido subjetivo, elucida-se sobre os sujeitos que exercem a atividade, tais quais o Estado, os órgãos e seus agentes. O Estado / Sujeito se divide em Administração Pública Direta e Indireta, sendo a forma Direta ou centralizada o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, sendo atribuída a competência de forma centralizada, em suas atividades administrativas, ou seja, a Administração Pública é a executora do serviço público, tais quais, a União, Estados e Municípios (CARVALHO FILHO, 2014, p.459-463).

Em sentido oposto, a Administração indireta ou descentralizada é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, tem como objetivo o desempenho das atividades administrativas de forma descentralizada (CARVALHO FILHO, 2014, p. 459-463).

Contudo, o jurista Mello (2014, p.160) considera uma observação relativa a certas pessoas exteriores à Administração indireta, mas que prestam ao Estado uma atuação qualificada na órbita social. São as entidades paraestatais, sujeitos não estatais, ou seja, de direito privado, que desempenham atividades que o Estado poderia desempenhar, não exclusiva.

Diante do exposto, faz-se necessário desenvolver distinções acerca das pessoas, de prima os agentes públicos. Para conceituar o termo do presente capítulo, faz-se necessário citar a Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito na Administração Pública, definindo o termo em seu art. 2º⁹.

O termo dispõe de uma classificação exposta pela doutrinadora Di Pietro (2014, p.595) que diferencia as pessoas físicas que prestam serviços no âmbito público, como sendo, agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público.

O primeiro ente, agentes políticos, pertence, para Celso Antônio Bandeira de Mello, aos titulares dos cargos estruturais, a organização política do país, ou seja, integrantes do arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder, em rol exemplificativo, o Presidente da República, os Governadores, dentre outros (MELLO, 2012, p.251-252).

Na sequência, os servidores públicos, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e as entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Estão aí abrangidos os servidores estatutários, os empregados públicos que fazem parte do regime celetista de contratação e os servidores temporários contratados por tempo determinado para atender às necessidades temporárias de serviço público (MELLO, 2012, p.251-252).

Em continuidade, os militares também fazem parte desse grupo, o qual abrange as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), de acordo com o art. 142, caput, e § 3º, da Carta Magna, e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (art. 42, Constituição Federal), sendo sujeitos a regime jurídico próprio com vínculo estatutário (DI PIETRO, 2012, p.604).

E por fim, os particulares. Nesta categoria, estão as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, como por exemplo, empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os exercentes de serviços notariais e de registro com fundamentação no art. 236 da Constituição, os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos (DI PIETRO, 2012, p.604).

Outra forma é mediante requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes; dá-se exemplo com os jura-

⁹Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

dos, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral, os integrantes de comissões, grupos de trabalho, dentre outros (DI PIETRO, 2012, p.604).

5 Tratamento jurídico

O Estado é dotado de obrigações na sociedade, dentre elas, a responsabilidade civil, sendo-lhe imposta a indenização por danos causados a terceiros em face das atividades estatais desenvolvidas. Essas são desenvolvidas através de seus órgãos e entes englobados num sistema complexo, incluindo os componentes humanos que estão representados pelas pessoas físicas: agentes, servidores, funcionários, prepostos, dentre outros, aos quais são imputadas competências e habilidades para atuar em seus ofícios; por conseguinte, estas ações representam também atos do ente público.

Complementando o raciocínio, conforme CAHALI (2007, p.15): “Ora, por uma contingência natural, as pessoas, assim investidas da função de tornar concreta a atividade do Estado, podem, eventualmente, provocar dano no patrimônio de terceiros”.

À vista disso, é notório constatar que toda conduta que causar dano a outrem resulta no dever de reparar que, na maioria das vezes, é refletido na punição de indenizar em quantia pecuniária. Além disso, Pamplona Filho e Gagliano (2013) apresentam elementos alusivos à responsabilidade civil: conduta humana, dano e o nexo causal.

De acordo com os doutrinadores, a conduta humana seria a ação voluntária (ou omissão) do homem que resulta no dano ou prejuízo; não se aplicam, portanto, os fatos da natureza que não geram responsabilidade civil. O segundo elemento listado é o dano, sendo indispensável para a configuração da responsabilidade civil, pois, sem o mesmo, não haveria a obrigação de indenizar a responsabilidade.

O último elemento, tão importante quanto os demais, é o nexo causal que consiste na ligação entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Associando o resultado danoso, aproxima-se à conduta do agente ao dano. Por consequência, é imprescindível expor, a seguir, a responsabilidade do Estado para avançar no tema em estudo. Seria injusto, diante do exposto, por ser o Estado mais poderoso em relação ao indivíduo, teria, portanto, que assumir o risco natural inerente a suas numerosas atividades, acarretando riscos maiores, surgindo dessa forma a Teoria do Risco Administrativo (PAMPLONA FILHO e GAGLIANO, 2013).

Existem três pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: a ocorrência do fato administrativo, considerado como forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Mesmo que o agente estatal atue aquém de suas funções, o fato é tido como administrativo, no mínimo, pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 605); O segundo pressuposto considerado pelo autor é o dano; por consequência, não há responsabilidade civil sem que a conduta tenha resultado em um dano, Independente de sua natureza, sendo indenizável tanto o dano patrimonial como o dano moral. Imprescindível é a comprovação de que a atividade estatal causou-lhe prejuízo; e, por último, o autor considera o nexó causal entre o fato administrativo e o dano, que constitui um importante pressuposto, isto é, a vítima concerne demonstrar que o prejuízo sofrido foi oriundo da conduta estatal, não relevante se por dolo ou culpa, não podendo ser responsabilizado o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente em decorrência de fato de terceiro ou de ação da própria vítima (CARVALHO FILHO, 2014, p. 605).

No caso do lesado ter agido em conjunto com o ato estatal, a indenização devida pelo Estado sofrerá redução proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o resultado danoso. Outro excludente de responsabilidade, tão importante quanto, são os fatos imprevisíveis, denominados pelos estudiosos de “força maior” e “caso fortuito”. Exclui-se também a responsabilidade do Estado no caso da ocorrência desses fatos do acaso, não se aplicando, por conseguinte, fato imputável ao Estado, nem cometido por agente público (CARVALHO FILHO, 2014, p.617).

No caso da teoria do risco integral, o reconhecimento da responsabilidade civil despreza qualquer excludente de responsabilidade, sendo adotada por ordenamento jurídico brasileiro, nas hipóteses de danos nucleares e danos ambientais, conforme os artigos 21, XXIII, alínea d)¹⁰ e 225¹¹, ambos presentes na Constituição Federal da República, sendo obrigatória a reparação, mesmo que haja culpa da vítima, apresentando - se o Estado como Segurador Universal (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013).

¹⁰ Art. 21. Compete à União (...) XXIII (...) d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

¹¹ Art. 225. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

5.1 Responsabilidade civil do Estado face ao assédio moral

Após considerações acerca da responsabilidade civil do Estado e do assédio moral na esfera pública, subsiste a necessidade de iniciar estudos sobre o objeto principal do trabalho exposto, o qual será a responsabilidade civil do Estado em face dos danos causados no assédio moral. Dessa forma, a Carta Magna, em seu artigo 37, parágrafo 6º, dispõe que

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá (...), ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O recorte constitucional acima discorre que o arbítrio do Estado se associa diretamente aos atos dos seus agentes, tendo em vista que o primeiro se manifesta através do segundo. Por conta disso, as atitudes do agente, no momento do exercício da função pública, são consequentemente o que o Estado realiza, ou seja, no caso da ocorrência da prática de assédio moral por parte de um agente público, em suas relações de trabalho, haverá a imputação da administração pública, a qual será responsabilizada de forma objetiva.

À vista disso, será utilizada a teoria da responsabilidade objetiva na possibilidade de punir o assédio moral; contudo, para haver compatibilidade entre a conduta e a responsabilidade mencionada, nota-se imprescindível o preenchimento de dois pressupostos essenciais: o acontecimento do fato administrativo que, de acordo com esse caso, entende-se por qualquer forma de conduta praticada pelo agente público configurada de assédio moral; e a existência do dano suportado pela vítima do mal danoso, sendo o dano de característica patrimonial ou moral.

Entretanto, não é necessário apenas que haja a verificação da responsabilidade do Estado. É imprescindível também que a vítima intente ação ordinária de reparação contra a Administração Pública, com o intuito de satisfazer seu direito de reparar o dano, em prazo não superior a cinco anos; caso contrário, estará prescrito o direito, com fulcro no artigo 1º do decreto lei 20.910/1932¹².

¹² Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Na esfera processual, encontra-se divergência doutrinária e jurisprudencial relativo ao polo passivo da citada demanda. Por um lado, existe corrente doutrinária majoritária que defende o direito de ação contra o Estado e o agente público, sendo os dois responsáveis solidários. Uma outra opção é de responsabilizar apenas o Estado, não sendo admissível a inclusão do servidor na demanda, respondendo apenas na esfera administrativa (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014).

A terceira e última corrente de entendimento na doutrina é a de que a vítima escolherá qual parte arcará com o processo, ou seja, o agente público poderá ser escolhido como parte, nesse caso deverá ser comprovado o dolo ou culpa do mesmo. A outra opção é escolher o Estado, nessa hipótese a responsabilidade é objetiva (Gagliano e Pamplona Filho, 2014). Em contrapartida, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é contrário ao seguimento majoritário da doutrina:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF- RE 327904 SP, Relator: CARLOS BRITTO, Data de julgamento: 15/08/2006, Primeira Turma, Data de julgamento: 15/08/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78)¹³.

¹³ Jurisprudência Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recursoextraordinario-re-327904-sp>>.

No julgado supracitado, a vítima poderá mover ação de reparação civil, apenas contra o Estado, trazendo a dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando a ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou privado que preste serviço público, ou de direito privado, sendo praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido; a segunda garantia, em prol do servidor assediador, que somente responde, administrativa e civilmente, perante a pessoa jurídica a qual se vincular.

5.2 A responsabilidade do ofensor

Após detalhamento da responsabilidade do Estado, é imprescindível adentrar na responsabilidade do ofensor, de forma mais específica, sendo imprescindível citar a Lei 8.112/1990, em seu artigo 121º e 122º, § 2º¹⁴, o qual ampara a responsabilidade do agente público em seus atos administrativos.

Diante do exposto, o agente público responderá, nas esferas cível, penal e administrativa, por ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, de que resultem prejuízos a terceiros, nos poderes legislativo, executivo e judiciário, não apenas no executivo.

Além dessas possibilidades já supracitadas, é de suma importância considerar um viés na fundamentação jurídica para embasar a punição do Ato de Assédio Moral. O presente estudo fomenta o amparo na improbidade administrativa através da Lei 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, na qualidade de uma alternativa para punir o agressor público, aplicando-se o instituto como um viés para suprir a lacuna legal específica que verse sobre a sanção no âmbito público contra a prática do assédio moral.

Diante do exposto, o agente infrator poderá vir a ser penalizado na esfera administrativa, uma vez que, suas condutas incorrem em atos de improbidade administrativa, posto que sua conduta é contrária aos princípios constitucionais da Administração Pública, especificamente os princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, conforme insufla o *caput* do artigo 11 da Lei 8.429/1992¹⁵, que versa sobre improbidade administrativa.

¹⁴ Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros (...). § 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

¹⁵ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...).

Para esclarecimentos, com relação ao texto, faz-se imperioso elucidar o princípio da legalidade que explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração.

Em relação ao da impessoalidade, expõe suas convicções o mesmo autor citado acima: a Administração tem que tratar todos os administrados sem discriminações, benéficas ou lesivas. Nem favoritismo, nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie, aplicando-se perfeitamente esse princípio ao tema abordado (MELO, 2013, p.115).

O princípio da moralidade, na sequência, defende que a administração, juntamente com seus agentes, deverá atuar conforme os princípios éticos. E sua violação enseja a própria transgressão do Direito, caracterizando ilicitude que condiciona a conduta eivada de vício de invalidade (MELO, 2013, p.120).

Por último, o da eficiência, que também diz respeito ao tema abordado, seria o direito fundamental à boa administração, desenvolvendo a atividade administrativa de feito mais congruente, oportuno e adequado aos fins a serem alcançados, devido à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto (MELO, 2013, p.123).

Isto posto, na prática de assédio moral no serviço público, o agente infringe todos os princípios elencados acima, de maneira que, ao perseguir o servidor vitimado, age a estorvar e discriminar, contrariando o ordenamento jurídico brasileiro, tendo como consequência a ineficiência do serviço ministrado pela vítima. Ainda conforme a responsabilização por ato de improbidade, com o propósito de demonstrar através de julgado do Superior Tribunal de Justiça, segue apreciação de recurso especial na esfera administrativa pelo órgão em comento:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ASSÉDIO MORAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429 /1992. ENQUADRAMENTO. CONDOTA QUE EXTRAPOLA MERA IRREGULARIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO. 1. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ. 2. Não se enquadra como ofensa aos princípios

da administração pública (art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico). 3. O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho - sarcasmo, crítica, zombaria e trote -, é campanha de terror psicológico pela rejeição. 4. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém. 5. A Lei 8.429 /1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida. 6. Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese. 7. Recurso especial provido (STJ - Resp.: 1286466 RS 2011/0058560-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 03/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/09/2013)¹⁶.

Confirma a jurisprudência acima exposta a aplicabilidade do artigo 11 da lei de improbidade, bem como, do instituto da improbidade administrativa como embasamento ao processo contra o assédio moral na esfera pública, em seus três poderes, executivo, judiciário e legislativo, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.

Ademais, não existe em legislação nacional qualquer permissão que estimule a realização desses atos, dado que, ao agente público, apenas é consentido realizar o que está previsto em lei, tornando-se o ato fadado à ilicitude. Se, do contrário, somente é imputado ao cidadão fazer algo diante de lei que ordene, isto posto, o ato de assédio não é autorizado por lei, sendo vedada a discriminação pela carta magna¹⁷.

Portanto, está caracterizada a improbidade administrativa do agente que se utiliza da prática do assédio moral no âmbito público. Em face de seus atos ilícitos, responderá processo administrativo disciplinar o qual, ao comprovar sua conduta ímproba, levará a penas graves, tais quais, exoneração da função pública, impedimento de contratar com o poder público ou

¹⁶Jurisprudência Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24200959/recurso-especialresp-1286466-rs-2011-0058560-5-st>>.

¹⁷Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...)IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

perceber benefícios ou incentivos fiscais ou de crédito, direta ou indiretamente, dentre outras penalidades previstas no artigo 12, inciso III da lei 8429/1992¹⁸.

Na esfera municipal, existe jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, de forma a contextualizar o tema numa realidade local:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Assédio moral. Prefeito do Município de Analândia e suas irmãs acusados de perseguir, humilhar e transferir servidores da Administração por serem opositores políticos. Condenação do Município na Justiça do Trabalho por assédio moral praticado contra os funcionários. Competência da Justiça Comum. Apuração das condutas praticadas enquanto agentes públicos. Preliminar rejeitada. Agravo retido reiterado. Conhecimento. Ausência de cerceamento de defesa. Recurso rejeitado. Desvio de finalidade. Atuação do Prefeito em desacordo com a moralidade, a legalidade, a impessoalidade e o interesse público. Conjunto probatório seguro. Violação de princípios constitucionais relativos à Administração Pública. Improbidade administrativa caracterizada. Lesão ao erário. Necessidade de recomposição do patrimônio público, no exato valor despendido. Todavia, a conduta das requeridas, suas irmãs, não foi devidamente individualizada. Sentença de procedência parcialmente reformada para excluir as rés da condenação e determinar a apuração na fase executória da exata quantia monetária a ser ressarcida. Agravo retido desprovido e recurso de apelação parcialmente provido (TJ-SP - APL: 00015682720138260283 SP 0001568-27.2013.8.26.0283, Relator: Marcelo Semer, Data de Julgamento: 25/05/2015, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/05/2015)¹⁹.

O fato narrado traz constatação de assédio moral por parte do prefeito do município de Analândia/SP e suas irmãs, por perseguirem, humilharem e transferirem servidores da administração por serem opositores políticos,

¹⁸Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...) III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

¹⁹Jurisprudência Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192204743/apelacao-apl-15682720138260283-sp-0001568-2720138260283>>.

caracterizando mais um exemplo fático de improbidade administrativa, lesão ao erário, necessidade de recomposição do patrimônio público e por consequência a condenação dos seus agentes a ressarcir o erário público. A seguir, mais um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, diante da condenação do ato ilícito por violação à probidade administrativa:

Embargos declaratórios. Inocorrência de omissão, contradição ou obscuridade. Falta dos requisitos legais do artigo 535 do Código de Processo Civil. II - Embargos infringentes. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Assédio moral. Ocorrência. O assédio moral está vinculado ao abuso ou desvio de poder de autoridade superior ou de empregador para expor o empregado ou servidor em nítida e repetida exposição ao ridículo, objetivando humilhá-lo ou vexá-lo no exercício de suas atribuições funcionais. A exoneração de função de confiança, as remoções para lugares de difícil acesso e o isolamento da funcionária em sala insalubre e degradante, correligionária de grupo político opositor ao do Prefeito, configuram o assédio moral. III - O agente atentou contra os princípios retores da Administração Pública e em especial violentou a regra matriz da legalidade, moralidade e finalidade. Foi conveniente com os desmandos do alcaide, ora agindo ativamente para cumprir ordens ilegais ora se omitindo quando deveria fiscalizar a prestação de serviços da servidora, sua subordinada. IV - Embargos rejeitados."(TJ-SP - ED: 9137531682006826 SP 9137531-68.2006.8.26.0000, Relator: Guerrieri Rezende, Data de Julgamento: 18/12/2012, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/01/2013)²⁰.

O caso em comento, também teve escopo em detrimento de oposição política ao prefeito da cidade em que a vítima é lotada. O assediador expôs a vítima a situações humilhantes e vexatórias durante seu exercício funcional, violando mais uma vez os princípios da Administração Pública. Diante de todo o exposto, sobre as consequências pertinentes ao tema, é inegável que a prática do assédio moral traz consequências ao agente público que realizou o ato.

Ao gerar o transtorno em questão, o agressor também responderá na esfera civil pelos danos causados, em face de ação regressiva interposta pelo Estado, para que seja ressarcido dos valores remunerados com o objetivo de

²⁰Jurisprudência Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23010279/embargos-dedeclaracao-ed-9137531682006826-sp-9137531-6820068260000-tjsp>>.

reparar o dano sofrido pela conduta nociva do agente, sendo demonstrado na Carta Magna, em seu Art. 37º, § 6º, já citado anteriormente. Dessa forma, garante-se o direito de ação de regresso por parte da Administração Pública, para reaver a quantia indenizada à vítima, contra o agente causador do dano.

6 Considerações finais

O trabalho científico desenvolvido acima teve por escopo analisar o assédio moral nas relações de trabalho, especificamente no serviço público, em face das características singulares da Administração Pública, desenvolvendo o embasamento da condenação do ato ilícito através do instituto improbidade administrativa, apresentando jurisprudências e leis que enraízam esse fundamento.

Em primeiro lugar, foi feita uma exposição da teoria geral dos direitos fundamentais, no intuito de proteger a dignidade da pessoa humana, que é constantemente é prejudicada no instituto estudado. Especificamente à discussão, foi imprescindível abordar a violação dos direitos fundamentais da personalidade pelo ato de assédio moral no âmbito laboral.

Notório se faz citar os preceitos fundamentais que se adequam à situação estudada: dignidade humana, preservação da intimidade, da honra, da imagem, da integridade pessoal e a liberdade de expressão.

Em virtude da peculiaridade do tema, que abrange apenas o assédio moral na esfera pública, de forma a especificar os diversos atores do cenário do tema na administração pública, posteriormente, é relatada a realidade do ilícito moral, através de conceitos, suas consequências, características e os reflexos na vítima e seu ambiente de trabalho, tornando-se necessário também expor as definições e características da Administração Pública com a finalidade de tornar compreensível o tema em comento.

Após as considerações propedêuticas, em caracterizar o assédio moral no âmbito público, tem-se a consequência do dever de ser reparado o dano causado pelo ato ilícito, através da ação ordinária de reparação, em que a Administração Pública figura em polo passivo, diante da visível responsabilidade objetiva em face dos danos promovidos pelos seus agentes. Após sua comprovação e condenação, a vítima receberá valor pecuniário a título de indenização referente ao dano sofrido.

O Estado poderá buscar o ressarcimento ao erário, através de ação de regresso contra o assediador, sendo presente essa garantia na Carta Magna. No intuito de fundamentar possíveis condenações, torna-se notória a presença da improbidade administrativa nas situações de assédio moral, tornando a

condenação pertinente de forma judicial, através do alicerce nos princípios, lei de improbidade e jurisprudências citadas no decorrer do aludido texto, ensejando a responsabilização jurídica do assédio moral na esfera pública e sua posterior indenização pelos danos causados.

As impunidades visíveis desses atos motivaram o despertar do tema para uma realidade latente tanto na esfera municipal, estadual, quanto na federal, na produção de um texto com escassos e relevantes julgados, contribuindo para a informação e exteriorização da temática tão comum e, ao mesmo tempo, repleta de disfarces dissimulados na sociedade, seja por medo da vítima ou mesmo por dificuldades probatórias dos fatos ilícitos.

Alude-se que atividade profissional é um dos pilares da sociedade, bem como em suas relações interpessoais. O homem mantém seu sustento de forma a suprir suas necessidades primárias, além da conveniência em sentir-se útil, competente e valorizado perante a sociedade através do desenvolvimento de suas atividades trabalhistas. Nesse desígnio, deverá ser o mais agradável e salutar possível, para que o indivíduo possa cumprir seu papel na sociedade.

Referências

BARRETO, M.A.A. Assédio processual entendido como ramo do assédio moral: seu conceito atual e a necessária problematização. *Revista LTR, Legislação do trabalho*, São Paulo, n.3, p.304-312, mar. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. *Decreto-Lei nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932*. Regula a prescrição quinquenal. *Lex: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a consolidação das leis do trabalho. *Lex: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. *Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o Regimento Jurídico dos Servidores Cíveis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. *Lex: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Lex: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1286466*. Relator(a): Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 18 de setembro de 2013. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24200959/recurso-especial-resp-1286466-rs-2011-0058560-5-stj>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. Nº 327904 SP. Relator(a): Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em:< <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Embargos de Declaração* nº 9137531682006826. Relator(a): Guerrieri Rezende. São Paulo, SP, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23010279/embargos-de-declaracao-ed9137531682006826-sp-9137531-6820068260000-tjsp>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação* nº 00015682720138260283. Relator (a): Marcelo Semer. São Paulo, SP, 18 de dezembro de 2012. Disponível em:< <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192204743/apelacao-apl-15682720138260283-sp-0001568-2720138260283> >. Acesso em: 30 abr. 2016.

BRUST, Sophia Almeida Peixoto. *Responsabilidade do Estado frente ao assédio moral no serviço público*. Trabalho de conclusão do Curso de Direito da Faculdade Ruy Barbosa. Orientado pelo M.M. Guilherme Levien Grillo, jun.2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas,2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUEDES, Marcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2008.

HIRIGOYEN, Marie France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

LORA, I. M. B. Assédio moral no trabalho e a dificuldade da prova. *Revista. LTR, Legislação do trabalho*, São Paulo, n.3, p.286-292, mar. 2013.

MEIRELES, E. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais: o dever de contratar os direitos fundamentais. *Revista. LTR, Legislação do trabalho*, São Paulo, n. 2, p.161-166, fev. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, J.A.R. Contribuição do Direito do Trabalho para o combate ao assédio moral nas relações humanas. *Revista. LTR, Legislação do trabalho*, São Paulo, n.7, p.787-794, jul. 2013.

ROMITA, A.S. Colisão de direitos: Liberdade de expressão e ofensa à honra e à imagem. *Revista LTR, Legislação do trabalho*, São Paulo, n. 9, p.1070-1081, set. 2015.

SILVA, Leda Maria Messias da et al. *Assédio moral no ambiente de trabalho: uma proposta de criminalização*. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica, 2013.

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DE CONTRATOS NULOS CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tiago Cadore

Promotor de Justiça do Estado de Rondônia

Resumo

O Estado não tem condições de satisfazer todas as necessidades da população e, em virtude do desenvolvimento tecnológico, a população não suporta mais esperar soluções a longo prazo. Daí o Estado precisar contratar, necessitar de parceiros que efetivem a satisfação das necessidades públicas. A Administração Pública, seja federal, estadual ou municipal, para dar cumprimento aos seus deveres constitucionais e garantir políticas públicas eficientes e eficazes, precisa celebrar contratos.

Os contratos celebrados pela Administração Pública são de suma importância para a concretização das políticas públicas necessárias ao desenvolvimento sustentável do país, sendo que as consequências de eventuais nulidades que sejam verificadas em tais contratos trazem repercussão negativa grande, razão pela qual devem, com afinco, ser evitadas e prevenidas pelos agentes públicos envolvidos.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Nulidade. Improbidade Administrativa. Consequências Jurídicas.

Abstract

The State is unable to meet all the needs of the population and, because of technological development, the population can no longer wait for long-term solutions. Hence the State needs to hire, need partners to fulfill the public needs. Public Administration, whether federal, state or municipal, to fulfill its constitutional duties and guarantee efficient and effective public policies, must conclude contracts.

The contracts signed by the Public Administration are of great importance for the implementation of the public policies necessary for the sustainable development of the country, and the consequences of any nullities found in such contracts have a great negative repercussion and should be avoided and prevented with public officials involved.

Key-words: Administrative Contracts. Nullity. Administrative dishonesty. Legal Consequences.

1 Introdução

O mundo globalizado e transnacionalmente integrado gera a necessidade cada vez maior da celebração de contratos por parte da Administração Pública, a fim de que possa o Estado cumprir seus papéis constitucionalmente definidos de assegurar direitos fundamentais aos cidadãos.

Com a crescente necessidade no número de contratos administrativos, aumentaram geometricamente as hipóteses de fraudes, simulações e outras geradoras de nulidade e consequências nefastas ao interesse coletivo, razão pela qual o estudo das consequências jurídicas de contratos nulos celebrados com a Administração Pública se mostra relevante.

Para tal estudo é preciso inicialmente passar pela conceituação dos contratos administrativos e pelas hipóteses de contratações celebradas com pessoas jurídicas e com pessoas físicas, analisando-se as normas de regência de cada uma delas, bem como fazendo vir à baila algumas hipóteses mais comuns de nulidades encontradas em tais contratos.

Feito isso, pretende-se estudar a relação entre a improbidade administrativa e a nulidade dos contratos administrativos, campo extremamente delicado, uma vez que a jurisprudência brasileira nem sempre pende para o lado da satisfação do interesse público, chegando alguns a defender até mesmo o pagamento de serviços prestados com base em contratos judicialmente declarados nulos, com agentes condenados por práticas ímprobas.

Para este estudo, é preciso analisar a questão do enriquecimento ilícito do Estado quando da declaração de nulidade dos contratos celebrados pela Administração Pública, bem como a questão da condenação do contratado por ato de improbidade administrativa e, ainda, verificar a questão do terceiro de boa-fé que tenha seu direito afetado por tais nulidades.

Pretende-se utilizar o método analítico, lançando-se questões práticas, ainda que genéricas, cotejadas com a legislação em vigor.

2 Contratos celebrados com a Administração Pública

A sociedade globalizada traz novas necessidades a serem respaldadas, precisando o direito evoluir tal qual evoluíram os desejos e anseios do cidadão, sob pena de não mais conseguir atender à demanda que lhe é apresentada e nem mesmo atingir seu objetivo de pacificação social, tendo em vista que as respostas que a sociedade hoje exige não mais se satisfazem com a simples verificação do fato e sua subsunção com as normas do direito posto.

O Estado não tem condições de satisfazer a todas as necessidades da população e, em virtude do desenvolvimento tecnológico, a população não suporta mais esperar soluções a longo prazo. Daí o Estado precisar contratar, necessitar de parceiros que efetivem a satisfação das necessidades públicas. A Administração Pública, seja federal, estadual ou municipal, para dar cumprimento aos seus deveres constitucionais e garantir políticas públicas eficientes e eficazes, precisa celebrar contratos.

Vale aqui destacar que, no âmbito da Administração Pública, existem os contratos administrativos e existem, também, os chamados contratos da Administração. Diz-se isso, pois os contratos celebrados pela Administração Pública podem ser de duas modalidades: contratos de direito privado, tais como a compra e venda, doação e comodato, que são regidos pelo Direito Privado, sendo parcialmente derogados por normas do Direito Público; e contratos administrativos, podendo estes serem típicos, ou seja, sem paralelo no direito privado, sendo, por isso, inteiramente regidos pelo Direito Público, e atípicos ou com paralelo no direito privado, mas que também são regidos pelo Direito Público.

De toda sorte, em que pese a divisão acima mencionada, para os fins a que se destina o presente estudo, ambas as categorias serão chamadas de contratos administrativos.

É cada vez maior o número de contratos administrativos. Como exemplos pode-se citar, conforme doutrina de Odete Medauar¹: contrato de obras, contrato de serviços, contrato de compra, contrato de concessão, permissão de serviço público, convênios e consórcios, protocolos, contratos de gestão, termo de parceria e, mais recentemente, contratos de parcerias público-privadas. Regulando tais contratos no âmbito da Administração Pública Federal, vige a Lei 8.666/1993 que traz as normas gerais da matéria.

Além do fato de não conseguir satisfazer todas as necessidades sociais, o aumento no número de contratos administrativos está ligado à queda dos sistemas arbitrários de poder. Em um Estado democrático de direito, como bem frisa Marçal Justen Filho,

Há íntima relação entre a democratização do Estado e a ampliação da utilização do contrato administrativo. [...] é juridicamente impossível ao Estado obter serviços privados através de instru-

¹MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.243-247.

mentos jurídicos autoritários. O acordo de vontades vai-se configurando como o instrumento jurídico de maior relevância para o Estado obter acesso aos bens e serviços dos particulares².

O constituinte, preocupado com a lisura necessária para o bom desempenho dos papéis assumidos pelo Estado, inseriu, no artigo 37 da Constituição da República de 1988, os princípios a que deve o Administrador se vincular no seu atuar. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tais princípios, por evidente, devem pautar, também, os contratos celebrados pela Administração Pública.

Além de pautar sua atuação nos princípios e normas constitucionais, deve a Administração Pública observar os ditames da Lei 8.666/1993, a qual regulamenta o inciso XXI³ do artigo 37 da Constituição da República e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

No âmbito federal, a Lei 8.666/93 é que rege as contratações administrativas, estabelecendo as normas gerais a serem aplicadas por todos os entes da Federação e da Administração Pública quando estiverem realizando suas contratações. Vale destacar que mesmo nos contratos em que predominem as normas de direito privado, sempre que não estiverem em conflito com estas, as normas da lei geral de licitações e contratos administrativos devem ser observadas. De ainda maior importância é o destaque que se deve fazer ao princípio da constitucionalidade, tendo em vista que, no âmbito das licitações e contratos, normas de diversas naturezas são envolvidas. Conforme afirma Marçal Justen Filho,

O núcleo primordial da disciplina se encontra na Constituição Federal, que consagra os princípios e normas fundamentais acerca da organização do Estado e do desenvolvimento da atividade da Administração. Em virtude do princípio da constitucionalidade (hierarquia das leis), a disciplina das licitações e contratos administrativos deve ser procurada primeiramente na Constituição. [...] A incompatibilidade entre a Lei e a Constituição se soluciona através da aplicação da última⁴.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 11.

³ Art. 37, inciso XXI, CF: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 12-13.

Na Lei de Licitações, igualmente, são encontrados princípios que devem ser observados nas contratações celebradas pela Administração Pública. No artigo 3º do diploma legal em questão, após apontar os objetivos da licitação – garantia da isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a administração e promoção do desenvolvimento nacional sustentável – o legislador elencou os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e seus correlatos.

Verifica-se, portanto, um amplo rol de princípios a serem seguidos, que se alinham e se aliam às normas regentes para garantir o cumprimento da missão constitucional dada à Administração Pública e regida pelas contratações que esta celebra com particulares e, até mesmo, com outros entes públicos.

Os contratos celebrados pela Administração Pública são de suma importância para a concretização das políticas públicas necessárias ao desenvolvimento sustentável do país, sendo que as consequências de eventuais nulidades que sejam verificadas em tais contratos trazem repercussão negativa grande, razão pela qual devem ser evitadas, bem como, com afincos, os agentes públicos envolvidos devem ser prevenidos.

Tais nulidades podem se dar tanto em contratos celebrados com pessoas jurídicas, quanto naqueles em que são partes a Administração Pública e pessoas físicas.

2.1 Contratos celebrados entre a Administração Pública e pessoas jurídicas

Pessoas jurídicas são diuturnamente contratadas no país para prestarem serviços à Administração Pública. Desde os pequenos serviços rotineiros às grandes obras em que consórcios ou multinacionais assumem obrigações para com o Poder Público, os contratos administrativos e os contratos da Administração estão presentes e, por consequência, as diretrizes legais acima citadas devem ser seguidas e respeitadas, para que se garanta força normativa à Constituição da República.

Neste ponto, é preciso buscar, no Direito Civil, características e regras importantes dos contratos, encontrando-se – já no primeiro artigo do Título V, que trata dos contratos em geral, qual seja, o artigo 421 do Código Civil – a determinação segundo a qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Por conta desta previsão é que, hodiernamente, se afirma que os contratos em geral já não se encaixam como categoria jurídica típica de Direito Privado ou de Direito Público propriamente dito. Em qualquer dos casos, é necessário que o contrato respeite sua função social. Neste sentido é a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho:

Pensamos que o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no Direito e, como tal, deve ser estudado. Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjetablel a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado por um misto de prerrogativas e sujeições. Perceba-se, em repetição, que, mesmo nas ‘contratações tipicamente privadas’, o novo Código Civil impõe observância de cumprimento de função social (Art. 421 CC)⁵.

Note-se que, em se tratando de contratos celebrados com a Administração Pública, a função social do contrato deve ser interpretada em cotejo com os já mencionados objetivos, em especial, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e o desenvolvimento nacional sustentável e, ainda, em cotejo com todos os princípios regentes da atividade administrativa.

Tal afirmação decorre de interpretação do disposto no artigo 54 da Lei 8.666/93 que determina que os contratos celebrados com base em suas normas devem se pautar pelos preceitos de direito público, sendo-lhes supletivamente aplicados os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.

Considerando que o legislador não apresentou um conceito fechado do que seja um contrato, é possível se valer da doutrina civilista para assim o fazer. Para Flávio Tartuce, “em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um *negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial*”⁶.

Em razão da dinâmica social atual, em que cada vez mais surgem relações jurídicas diversas das tradicionais, a doutrina busca evoluir o conceito de contrato, a fim de abarcar situações que atualmente acontecem e que não se encaixariam no conceito clássico já demonstrado. Paulo Nalin, por exemplo, afirma que contrato é “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de

⁵BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo In: *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 320.

⁶TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013. p. 518.

efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”⁷.

Verifica-se que a amplitude maior do segundo conceito proposto melhor se adequa às normas regentes dos contratos administrativos, uma vez que fundamenta a relação jurídica na Constituição e, além disso, já prevê a possibilidade de efeitos jurídicos serem causados a terceiros, o que se mostra bastante presente nos contratos celebrados pela Administração Pública, já que, ao final, os grandes beneficiados ou prejudicados pelos contratos administrativos acabam sendo os administrados, os cidadãos.

Propõe-se, portanto, como definição da categoria “contrato administrativo”, *a relação jurídica celebrada por um ente da Administração Pública e, de outro lado, pessoas físicas ou jurídicas, supedaneada nas normas de Direito Público e nas regras e princípios constitucionais, que se destina a buscar a melhor alternativa para o atendimento do interesse público e garantia da eficácia dos direitos fundamentais dos cidadãos, que cria, modifica ou extingue direitos e obrigações.*

Definida, pois, a categoria base do presente estudo, buscaram-se, também, no Direito Civil as normas gerais sobre nulidades dos contratos/negócios jurídicos e, neste ponto, é essencial a transcrição de dois dispositivos do Código Civil:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei, taxativamente, o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

⁷NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Afirma-se a essencialidade dos dispositivos supratranscritos em razão de ser seu conteúdo primordial para a análise que se pretende fazer neste estudo. Isso porque, como dito, as consequências da declaração de nulidade dos contratos celebrados pela Administração Pública são graves e podem afetar, em muito, o interesse público.

Conforme dito, desde os mais mezinhos serviços prestados à Administração Pública, em especial aqui se destacam aqueles diversos da atividade fim que podem, inclusive, ser objeto de terceirização, até as mais importantes intervenções administrativas para consolidação de políticas públicas podem estar traçadas em contratos celebrados pela Administração Pública e por pessoa física ou pessoa jurídica.

Neste ponto, faz-se necessário delimitar o objeto do estudo, uma vez que analisar todas as possibilidades de nulidades em todas as hipóteses de contratos celebrados pela Administração Pública é tarefa por demais hercúlea e que muito se distancia dos fins aqui propostos. O que se pretende é traçar linhas gerais das consequências das nulidades encontradas e declaradas em contratos celebrados pela Administração Pública que afetam em muito a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Cita-se, por exemplo, um contrato celebrado para prestação de serviços entre a Administração Pública e uma pessoa jurídica que tem, como sócios, pessoas interpostas de mandatário de cargo político, ou seja, um contrato celebrado entre a Administração Pública e os popularmente chamados “laranjas” dos administradores.

Afirma-se que tal contrato deve ser declarado nulo por simulação, uma vez que se amolda ao inciso I, do parágrafo primeiro, do artigo 167 do Código Civil, pois aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente confere ou transmite. No exemplo dado, embora aparentemente o contrato transmita direito à pessoa jurídica prestadora do serviço, quem realmente dele se beneficia é o administrador que se valeu de interpostas pessoas para participar de licitação e contratar com o ente público.

Além disso, ainda no mesmo exemplo, é possível verificar que o contrato pretendeu fraudar lei imperativa, uma vez que é vedado ao Administrador contratar com a própria Administração, razão pela qual deve igualmente ser reconhecida e declarada a nulidade, decorrente da incidência do inciso VI, do artigo 166, do Código Civil.

No caso concreto, portanto, deve ser analisada a incidência ou não da nulidade de acordo com a situação que seja apresentada, lembrando-se, sempre, que o interesse público deve ser buscado e protegido, adotando-se as medidas necessárias para garanti-lo, bem como para punir os responsáveis pela nulidade e, ainda, evitar-se que haja retrocesso social em razão da nulidade detectada.

Defende-se que, em sendo reconhecida a nulidade do contrato, ainda que o serviço tenha sido prestado, é preciso que a empresa que, em verdade, pertence ao Administrador Público seja condenada a ressarcir os cofres públicos e, se for o caso, pleitear a competente indenização pelos serviços a ser paga conforme os reais preços do mercado e não conforme aqueles simulados no negócio nulo.

Pode-se, inicialmente, pensar ser contraditório afirmar que a empresa deve devolver o dinheiro e depois pleitear indenização, mas, quando se pensa que a origem do dinheiro recebido por ela é um contrato nulo, percebe-se que o interesse público foi violado já na contratação, pois, certamente, a fraude à licitação fez com que não se contratasse a melhor proposta ou que a fraude à execução do contrato resultou em um serviço aquém do esperado e do contratado. Sendo assim, a devolução do dinheiro se impõe para que, quando da fixação de indenização e se for cabível indenização⁸, seja fixado um valor condizente com aquilo que foi prestado (em caso de fraude na execução) ou com aquilo que seria a proposta mais vantajosa à época da contratação, quando a fraude se dá em momento anterior à prestação do serviço.

Não pode o Poder Judiciário ser conivente com as fraudes que geram contratos nulos, afirmando que o não pagamento geraria enriquecimento ilícito do Estado. O serviço prestado em contrato dolosamente fraudado deve ser considerado indenização ao Estado pela prática ilícita, sendo preciso acabar com a cultura brasileira de benefícios e camaradagens com empresários fantasmas que só fazem enriquecer aqueles que deveriam trabalhar para melhorar a condição de vida dos cidadãos. A declaração de nulidade e a devolução do dinheiro, portanto, é medida que se impõe.

⁸Pois, em alguns casos, o serviço é tão horrendamente prestado que nem indenização deve ser fixada.

2.2 Contratos celebrados entre a Administração Pública e pessoas físicas

Assim como pessoas jurídicas são diuturnamente contratadas pela Administração Pública para concretizar sua missão constitucional, ou tentar fazê-lo, pessoas físicas igualmente podem ser contratadas.

Para a contratação de pessoas físicas, a regra geral é o concurso público, previsto no inciso II, do artigo 37 da Constituição da República⁹, havendo exceções para os cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração, que são os chamados cargos em comissão.

Aprovado em concurso público ou contratado para o exercício de cargo em comissão e, após a devida nomeação, posse e entrada em exercício, o cidadão passa a ser servidor público, tendo a si plenamente aplicável a Lei de Improbidade Administrativa e todo o regime jurídico próprio dos servidores públicos.

Para além da categoria dos servidores públicos, é possível a contratação de pessoas físicas nas hipóteses previstas na Lei de Licitações, quais sejam, serviços técnicos de natureza singular, definidos pelo artigo 13¹⁰ da Lei 8.666/1993, com profissionais ou empresas de notória especialização, sendo vedada a contratação direta para serviços de publicidade e divulgação e contratação de profissionais do setor artístico, consagrados por especialistas e pela opinião pública, diretamente ou por empresário exclusivo. Tais hipóteses estão previstas no artigo 25 da Lei 8.666/1993.

Assim como os servidores públicos, os contratados pela Administração Pública com base na Lei de Licitações, igualmente estão sujeitos aos ditames constitucionais referentes à atividade administrativa e, ainda, às determinações e punições decorrentes da Lei 8.429/1992, estando seu enquadramento na categoria de agente público expresso no artigo 2º da mencionada Lei, o qual dispõe:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer

⁹ Art. 37, II, CF: a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

¹⁰ Lei 8.666/1993, Art. 13: Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior¹¹.

Neste campo dos contratos com pessoas físicas, as nulidades que podem se apresentar são muitas. Assim como, quando se verificaram as contratações com pessoas jurídicas, é no Direito Civil que se devem buscar as categorias necessárias para estudar as hipóteses de nulidade e cotejá-las com as previsões legais acima citadas.

Mais uma vez não se pretende exaurir todas as possibilidades de nulidades nas contratações entre Administração Pública e pessoas físicas, mas apenas citar algumas para que se possa refletir a respeito do tema.

No campo dos concursos públicos, é possível verificar nulidade em decorrência das inúmeras fraudes que ainda, infelizmente, ocorrem, estando, por sinal, cada vez mais especializadas. É possível, ainda, encontrar nulidades em decorrência de nomeações para cargos comissionados que, na verdade, deveriam ser preenchidos por servidores efetivos. É comum encontrar Diretores e Chefes em Prefeituras que, ao serem questionados sobre seus subordinados, declaram serem eles inexistentes, ou seja, a pessoa é chefe de si mesma, diretora de departamento que ela integra sozinha.

Certamente, tais situações se encaixam nas hipóteses de nulidade dos negócios jurídicos, seja por preterirem alguma solenidade prevista em lei, seja por terem como objetivo fraudar lei imperativa, o que, aliás, é também hipótese de improbidade administrativa, vez que o inciso I, do artigo 11, da Lei 8.429/1992, prevê, como violadora dos princípios da Administração Pública, a prática de ato visando a um fim proibido em lei ou regulamento.

Igualmente, nas contratações de pessoas físicas embasadas na Lei 8.666/1993, é possível verificar a presença de nulidades. Basta pensar na hipótese dos serviços técnicos com profissionais de notória especialização ou, ainda, na contratação de profissionais do setor artístico. Naquela hipótese, não raro a notória especialidade é o ponto nevrálgico da nulidade e, nesta

¹¹ Lei 8.429/1992, Art. 1º: Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

última, é comum encontrar contratos celebrados através de interpostas pessoas que se autodenominam empresários, porém, que não apresentam qualquer tipo de exclusividade, servindo tão somente ao fim ilícito de tornar inexigível a licitação fora das hipóteses legais.

A declaração de nulidade das contratações de pessoas físicas pela Administração Pública, portanto, igualmente gera consequências – direitos e obrigações – que merecem atenção, vez que invariavelmente estão ligadas a questões que afetam, direta ou indiretamente, a concretização da função constitucional do Poder Público.

E, também nos contratos celebrados com pessoas físicas em que se verifiquem nulidades, defende-se a condenação do contratado à devolução dos valores recebidos da Administração Pública. Só assim será possível combater efetivamente a corrupção e a improbidade administrativa no País. Enquanto perdurar o entendimento, por exemplo, de que a pessoa, ainda que tenha fraudado um concurso público para ingressar no quadro de servidores, deve ser remunerada pelo serviço que tenha prestado, haverá incentivo às fraudes, e o interesse coletivo restará prejudicado, deixando às futuras gerações o legado do país nada sério que atualmente se desenha em terras brasileiras.

3 Improbidade administrativa e nulidade de contratos celebrados com a Administração Pública

Para que se atinjam os objetivos da República Federativa do Brasil, estampados no artigo 3º da Constituição Federal (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos), a probidade administrativa é valor a ser perseguido e defendido em todas as esferas do Poder Público e da Administração Pública. Sem probidade no atuar dos agentes públicos, os objetivos mencionados estarão cada dia mais distantes da população em geral, e o desenvolvimento nacional acabará por se tornar insustentável no mundo globalizado e transnacional em que a sociedade atualmente se encontra.

A falta de probidade gera fuga de investidores, crise político-econômica e outras mazelas que impedem a concretização das políticas públicas em todo seu potencial e, conseqüentemente, atrasam e prejudicam o crescimento do País. De acordo com Cleize Carmelinda Kohls e Mônia Clarissa Henning Leal, “a corrupção e a improbidade administrativa, quando presentes em uma sociedade, acabam por trazer repercussões em grande

escala, pois seus efeitos interferem na concretização de direitos fundamentais e sociais previstos constitucionalmente”¹².

Primando por esse valor tão necessário à sociedade, o constituinte previu, no parágrafo quarto, do artigo 37 da Constituição da República, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Em razão da previsão constitucional mencionada, criou-se a Lei 8.429/1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, a qual dispõe acerca das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometam atos nela classificados como de improbidade administrativa.

Referida Lei traz em seu corpo originário três espécies de atos de improbidade administrativa: enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação aos princípios da administração pública. Respectivamente, estão elencados nos artigos 9º, 10 e 11, que trazem rol exemplificativo de condutas que se amoldam às suas previsões. Através da Lei Complementar 157, de 2016, o legislador incluiu uma nova espécie de improbidade administrativa, com vigência a partir de dezembro de 2017¹³. Trata-se da improbidade decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Todas as espécies de improbidade podem ser geradas através de contratos nulos celebrados pela Administração Pública, com ou sem a participação direta de servidores e outros agentes públicos envolvidos.

A análise deverá basear-se nos princípios do Direito Público, em especial na supremacia do interesse público sobre o privado, bem como no princípio da vedação do retrocesso social quando, eventualmente, a nulidade venha a atingir contratos referentes a políticas públicas ligadas diretamente a questões relacionadas à dignidade humana.

Em sendo verificada e declarada a nulidade dos contratos celebrados pela Administração Pública, será preciso verificar seus efeitos e consequências, pensando-se tanto nos particulares envolvidos, quanto na própria Administração Pública. Quando a nulidade recair em contrato que atinja diretamente políticas públicas ligadas à dignidade dos cidadãos, deverá a Administração assumir o objeto e prestar diretamente o serviço até que resolva a situação, impedindo-se, com isso, o retrocesso social.

¹²KOHL, Cleize Carmelinda; LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corrupção e improbidade administrativa: uma análise dos seus efeitos na sociedade e o possível reflexo no controle jurisdicional de políticas públicas. In: Rogério Gesta Leal; Ianaê Simonelli da Silva. (Org.). *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2014. p. 104-118.

¹³Em decorrência da previsão do artigo 6º, da LC 157/2016, que previu prazo de um ano para vigência de tal modalidade de improbidade administrativa, contado da publicação da mencionada Lei, que se deu em 29/12/2016.

Quando se analisa a probidade administrativa, é preciso verificar que se trata de um dever constitucional, um dever jurídico e

Quando falamos de dever jurídico, referimo-nos à necessidade imposta por lei de fazer (ou omitir) alguma coisa.

(...) Verificado pelo Ministério Público que aquele ato traz indícios de desvio de finalidade, submetendo o interesse público ao individual, será ajuizada ação de improbidade, com a descrição do ato que aparentemente expressa enriquecimento injusto.

Ao agente, caberá demonstrar que os motivos de seu ato eram fundados na regra do interesse público e na vedação ao enriquecimento injusto, pois, por estarmos diante de hipótese de dever jurídico, *há inversão do ônus da prova*.

Também poderá provar a existência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva do prejudicado, ou que o ato não foi praticado pelo destinatário do dever.

Ao Ministério Público cabe apenas demonstrar a existência do nexo de causalidade entre o ato comissivo ou omissivo e o resultado contrário ao interesse público, ou que, em outras palavras, que submeteu este interesse ao individual do agente¹⁴.

Desta forma, para analisar, ao final, qual a consequência dos atos, é preciso ter em mente a necessidade processual do demandado de demonstrar que seu ato, embora aparentemente eivado de improbidade e contrário ao interesse público, em verdade o atingiu. É preciso que se aplique com efetividade a inversão do ônus da prova para que se preserve e valorize o interesse público, dando corpo ao basilar princípio de que ele está acima do interesse privado.

É por conta disso, também, que, quando se trata de ato de improbidade administrativa, as medidas liminares, em especial o bloqueio de bens do agente ímprobo, não dependem da demonstração do perigo na demora, bastando a demonstração da chamada fumaça do bom direito para que haja o deferimento da liminar pleiteada.

A medida liminar deve ser concedida com base no chamado poder geral de cautela, previsto no artigo 297 do Código de Processo Civil¹⁵ e visa a

¹⁴ GUASQUE, Luiz Fabião. A lei de improbidade administrativa e o controle dos motivos do ato do agente público. *Revista do Ministério Público*. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 51, Jan-mar./2014. p. 178-179.

¹⁵ Artigo 297/CPC: O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

garantir que, ao final, se tenha um provimento jurisdicional útil e eficaz, garantindo-se a restituição ao erário de valores indevidamente recebidos pelos agentes ímprobos.

O entendimento pelo qual é prescindível a demonstração do perigo na demora para concessão de liminar em casos de improbidade encontra respaldo na jurisprudência, uma vez que, em razão da própria natureza da demanda, não há que se falar na necessária demonstração de perigo da demora, sendo condição impositiva à garantia da satisfação do interesse público ao final do processo o inicial bloqueio de bens do agente ímprobo que, pelos próprios fatos que são objeto de demanda desta natureza, já demonstra não ter qualquer vontade de atender àquilo que se espera do agente público ou do empresário que contrata com a Administração Pública, estando somente interessado na satisfação de seus próprios interesses, sendo certo que, tendo possibilidade, dilapidará o patrimônio para impedir o ressarcimento ao erário.

A prática demonstrou que nem sempre se fez possível ressarcir valores indevidamente recebidos ao erário, em razão da mencionada dilapidação provocada no patrimônio, de forma dolosa, ao longo do processo. Os seguintes julgados demonstram o entendimento ora defendido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal no Estado do Maranhão contra a ora recorrida e outros, em virtude de suposta improbidade administrativa em operações envolvendo recursos do Fundef e do Pnae. 2. *A indisponibilidade dos bens é medida de cautela que visa a assegurar a indenização aos cofres públicos, sendo necessária, para respaldá-la, a existência de fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário (fumus boni iuris)*. 3. Tal medida não está condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora está implícito no comando legal. Precedente do STJ. 4. Recurso Especial provido. (STJ – Resp 1115452/MA – 2009/0102143-2 – Rel. Min. Herman Benjamin – j.06/04/2010). (sem negrito no original).

E M E N T A: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDISPONIBILIDADE DE BENS E

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO - POSSIBILIDADE - LIMITAÇÃO AOS VALORES PERSEGUIDOS E AO PERÍODO DOS FATOS – AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO PARCIALMENTE. Exsurgindo dos autos da ação civil pública provas convincentes da improbidade administrativa, pode o Juiz determinar, *a requerimento do autor, a indisponibilidade dos bens dos envolvidos, à vista do periculum in mora ínsito no art. 7º da Lei nº 8.429/92, devendo, contudo, guardar proporcionalidade com a reparação civil perseguida*. O sigilo bancário, embora corolário do direito constitucional à intimidade (C.F., art. 5º, X), pode ser quebrado quando o interesse público a recomenda para salvaguardar interesses mais relevantes. (TJMT - 20-4-98 - 1ª C. Cível - Rec. Agravo Instrumento - Classe II - 15 - nº. 8.234 - Paranatinga - Rel. Des. Orlando de Almeida Perri) (sem negrito no original).

Da análise jurisprudencial, verifica-se que as decisões são pautadas no artigo 7º da Lei 8.429/92¹⁶, o qual encontra albergue no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição da República¹⁷, de onde se verifica ser plenamente possível e necessário que o decreto de indisponibilidade se dê sem a oitiva da parte contrária e, ainda, que o perigo na demora é presumido, em razão da própria natureza da demanda.

3.1 Enriquecimento ilícito do Estado e Declaração de Nulidade dos contratos celebrados pela Administração Pública

Em muitos casos de contratações celebradas pela Administração Pública, a nulidade do contrato somente é percebida e declarada após o produto ter sido entregue ou o serviço prestado. Quando isso acontece, é preciso analisar se a declaração de nulidade do contrato deve ou não gerar algum efeito referente ao enriquecimento ilícito do Estado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discorda-se da Professora Di Pietro. Sabe-se que o enriquecimento ilícito é vedado. O Código Civil, nos artigos 884 a 886, regulamenta as hipóteses de enriquecimento sem causa e prevê o seguinte:

¹⁶ Art. 7º, Lei 8.429/92: Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a *indisponibilidade dos bens do indiciado*. (sem itálico no original).

¹⁷ Art. 37, §4º, CF: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a *indisponibilidade dos bens* e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (sem itálico no original).

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Verifica-se da previsão civilista que, em não havendo justa causa para o enriquecimento de um à custa de outrem, o valor indevidamente auferido deve ser restituído, devidamente corrigido ou, em não sendo possível, deve haver a devolução do valor equivalente.

Paralelamente à norma do Código Civil é preciso analisar a questão sob o aspecto do Direito Administrativo, o qual tem por base a supremacia do interesse público sobre o privado, sendo possível, ainda, a observação de cada caso concreto no âmbito do princípio da vedação do retrocesso social, visto que garantidor do núcleo essencial dos direitos fundamentais constitucionais.

Sobre este último princípio, Mário de Conto (2008, p. 100) afirma que

Em síntese, evidencia-se que uma Administração Pública, vista como dirigente e compromissária, tem como condição de possibilidade e leitura contemporizada dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, que rompa com as concepções metafísicas calcadas num paradigma racional exegético. Nesse sentido, a observância do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, compreendido como corolário do Estado Democrático de Direito, a partir das noções de Segurança Jurídica e Confiança, é um imperativo de constitucionalidade e legitimação dos atos da Administração Pública. O núcleo essencial dos Direitos Fundamentais atua como um protetor contra medidas retrocessivas por parte da Administração Pública e, mais do que isso, como verdadeiro legitimador/delimitador das Políticas Públicas¹⁸.

¹⁸CONTO, Mario de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Do Advogado, 2008.

Para verificar, os efeitos da nulidade do contrato, considerando-se possível enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública é necessário que se analise a questão sob alguns prismas: a) particulares que agem sem apoio de integrantes do Poder Público e conseguem celebrar contratos com a Administração Pública que mais tarde são declarados nulos; b) particulares que, mancomunados com servidores públicos ou agentes políticos, incorrem na mesma situação; c) particulares que, muito embora tenham contrato celebrado com a Administração Pública que venha a ser declarado nulo, não participaram da geração da nulidade, nem a ela deram causa.

Nas duas primeiras possibilidades, defende-se que o interesse público deve prevalecer sobre o privado, ainda que o serviço já tenha sido prestado ou o bem já tenha sido entregue à Administração Pública quando da declaração de nulidade do contrato. Não se podem premiar particulares, servidores públicos e agentes políticos que atuem em sentido contrário ao bem comum e à melhoria da dignidade dos cidadãos com indenizações decorrentes da declaração de nulidade de contratos a respeito dos quais são responsáveis, direta ou indiretamente, por tal nulidade.

Ainda que já tenha a Administração Pública se beneficiado com o objeto do contrato, entende-se que, caso já tenha efetuado o pagamento do contrato, deve ser ressarcida, pois o contrato nulo impediu o atingimento do objetivo legal da escolha da proposta mais vantajosa e, caso não tenha efetuado o pagamento, deverá ser desobrigada desta responsabilidade e, se cabível indenização, que seja esta em valores justos.

Entende-se inexistir, nestes casos, enriquecimento ilícito do Estado, uma vez que o contrato sequer poderia ter sido celebrado, e quem o fez tinha esta consciência e agiu dolosamente de forma a buscar o atingimento tão somente de seus próprios interesses.

Já na terceira hipótese, cuja análise foi proposta, qual seja, a dos particulares que, muito embora tenham contrato celebrado com a Administração Pública que venha a ser declarado nulo, não participaram da geração da nulidade, nem a ela deram causa, defende-se a necessidade de justa indenização para recomposição do capital dos contratados e, em sendo o caso, deverá o Estado ingressar com a competente ação de regresso contra servidores e agentes políticos que tenham dado causa à nulidade.

Simplemente defender que, em tendo sido prestado o serviço, deverá haver o pagamento do preço contratado é ineficaz no combate à corrupção e à improbidade administrativa. Trata-se, na verdade, de um incentivo às velhas práticas que tanto já sangraram os cofres públicos brasileiros, uma vez que não afeta diretamente o interesse financeiro daqueles que agiram contrariamente ao interesse público, fazendo, justamente o inverso, que é pagar-lhes

ainda que tenham prestado mal o serviço ou que este tenha sido prestado por preço absurdo.

3.2 Condenação do contratado em decorrência de improbidade praticada na contratação

Conforme já visto, a probidade na Administração Pública é fundamental para que se atinjam os objetivos a que se propôs o Estado quando trouxe para si a responsabilidade de prestação de políticas públicas eficientes e eficazes para melhoria da condição de vida da população.

Todavia, é crescente o número de casos em que os contratos administrativos escondem em seu manto, negociatas e outras atividades ilícitas caracterizadoras de improbidade administrativa e que acabam por gerar a condenação do contratado pela Administração Pública em decorrência de tais atos.

Interpretando-se teologicamente o sistema jurídico, verifica-se que, o Código Civil prevê como nulo o negócio jurídico que tem por objetivo fraudar lei imperativa. A Lei de Licitações traz normas imperativas que devem ser observadas nas contratações da Administração Pública, e a Lei de Improbidade considera ímprobo, por violação aos princípios da Administração Pública, o ato praticado visando ao fim proibido em lei. Disso se extrai que, em se constatando que o contrato foi celebrado ao arripio da Lei de Licitações, será nulo, e os agentes responsáveis deverão ser condenados pela prática de improbidade administrativa.

Havendo a condenação dos contratados por ato de improbidade administrativa, conseqüentemente, o contrato deverá ser desfeito e à Administração Pública caberá deflagrar novo procedimento administrativo para contratação. Em se tratando de serviço essencial ao cidadão, deverá a Administração Pública prestá-lo diretamente até que consiga realizar a nova contratação, pois não pode o cidadão ser prejudicado em razão da nulidade do contrato anteriormente celebrado.

Em relação aos efeitos patrimoniais do contrato, entende-se que a Administração Pública deve suspender imediatamente os pagamentos aos contratados, evitando-se o prejuízo ao erário. Caso o serviço já tenha sido prestado e os ímprobos entenderem que tenham direito a algum tipo de indenização, deverão buscar os meios legítimos para tal. Todavia, em sendo reconhecida a improbidade administrativa, entende-se que não deverá haver qualquer tipo de indenização, uma vez que contrato nulo não gera efeitos e, ainda, que o ato de improbidade impediu a Administração de obter a proposta mais vantajosa, razão pela qual deve eventual adimplemento ser considerado sanção pelo prejuízo causado em razão de dito impedimento.

3.3 Terceiro de Boa-fé

Os atos de improbidade administrativa e os contratos cuja nulidade seja reconhecida pelo Poder Judiciário podem vir a trazer efeitos para terceiros de boa-fé, os quais deverão ter seus interesses protegidos e resguardados. Não se pode aceitar que uma nulidade decorrente de improbidade administrativa venha a lesar terceiro de boa-fé e que este seja obrigado a arcar com o prejuízo.

O Código Civil menciona a boa-fé em diversos de seus dispositivos, sendo que, no parágrafo segundo do já citado artigo 167, que trata dos negócios simulados, ressalva o legislador “os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”.

A boa-fé deve ser entendida como um conceito ético de conduta, que traga ideias de proceder com correção, dignamente, pautando-se a atitude nos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar¹⁹.

Dentro da teoria civilista do contrato, podem ser buscados os conceitos de boa-fé objetiva e de boa-fé subjetiva, sendo certo que, em restando caracterizada a boa-fé do terceiro atingido pela nulidade do contrato ou pela improbidade administrativa constatada e reconhecida, terá de haver sua proteção.

É preciso, na análise da boa-fé do terceiro atingido, porém, verificar se efetivamente não se encontram presentes atos que demonstrem que sabia ele das consequências daquele negócio jurídico e, mesmo sabendo, tenha optado por deixar que os efeitos acontecessem para somente depois reclamar seu direito. A ninguém é dado valer-se da própria torpeza, e, por isso, o terceiro atingido, tão logo perceba a situação que pode lhe trazer qualquer espécie de prejuízo deve manifestar sua vontade em não ver aquele negócio concretizado.

Trata-se da proibição de comportamentos contraditórios ou do conhecido *venire contra factum proprium* que, de acordo com a doutrina,

É um imperativo em prol da credibilidade e da segurança das relações sociais e consequentemente das relações jurídicas que o sujeito observe um comportamento coerente, como um princípio básico de convivência. O fundamento situa-se no fato de que a conduta anterior gerou, objetivamente, confiança em quem recebeu reflexos dela.

¹⁹RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 3v. p. 60.

Assim, o comportamento contraditório se apresenta no campo jurídico como uma conduta ilícita, passível mesmo, conforme a situação concreta de prejuízo, de indenização por perdas e danos, inclusive de índole moral²⁰.

Caso se constate efetivamente que os efeitos deletérios de tais contratos tenham atingido pessoa que não concorreu de nenhuma forma para a realização do ato, seus prejuízos deverão ser arcados pela Administração Pública ou pelo contratado e, caso sejam arcados pela Administração Pública, caberá, posteriormente, ação de regresso contra o responsável pelo dano. Desta forma, estarão resguardados tanto o interesse do terceiro de boa-fé, quanto o interesse público.

4 Conclusão

Quando se pensa em Direito Administrativo, é preciso ampliar o pensamento e tratá-lo como Direito Constitucional Administrativo, visto que a supremacia da Constituição para satisfação dos interesses coletivos e garantia de direitos fundamentais deve ser tida como necessária em todas as esferas da interdisciplinar ciência jurídica e, nesta toada, é preciso ter em mente a supremacia do interesse público sobre o particular, daí porque se defender que, em havendo declaração de nulidade de contratos celebrados pela Administração Pública, em razão de simulação, improbidade administrativa ou de outras hipóteses estudadas neste trabalho, considera-se indevido o pagamento e mesmo a indenização do agente que, de má-fé, tenha celebrado tal contrato ou fraudado sua execução.

É certo que o combate à corrupção e à improbidade administrativa não pode ser um fim em si mesmo, devendo as investigações respeitarem direitos individuais a todos assegurados e tão caros à democracia, porém, demonstrada a existência da nulidade e a participação direta ou indireta do beneficiado pela nulidade, deverá o interesse público prevalecer, sob pena de se tornar inócua toda a legislação que visa a amparar os demais cidadãos, que também são detentores de direitos fundamentais individuais e coletivos e que, pela ação de agentes ímprobos, acabam tendo negados tais direitos que são sacrificados pelos interesses particulares de alguns.

É preciso inverter o ônus da prova, quando demonstrado o descumprimento do dever jurídico de probidade, a fim de que se assegure efetividade no processo e garanta-se a satisfação plena do interesse maior, que é o interesse

²⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. 2v. p. 377.

de todos de ver assegurado o direito fundamental à Administração proba e à correta destinação de recursos públicos.

Demonstrada, portanto, a existência da nulidade no contrato celebrado pela Administração Pública, é preciso que suas consequências sejam reconhecidas e impostas, a fim de se garantir força normativa aos ditames constitucionais, assegurando-se a satisfação do interesse público e dos direitos individuais fundamentais de todos aqueles que, legítimos titulares, não participaram, não toleram e não desejam práticas nefastas e ilícitas voltadas tão somente ao enriquecimento ilícito de cidadãos desonestos que se preocupam apenas consigo próprios.

Somente com o combate aguerrido e constante, será vencida a luta contra a corrupção e a improbidade administrativa no país.

5 Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- CONTO, Mario de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Do Advogado, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zannela. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GUASQUE, Luiz Fabião. A Lei de improbidade administrativa e o controle dos motivos do ato do Agente público. *Revista do Ministério Público*. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 51. Jan-mar./2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- KOHLs, Cleize Carmelinda; e LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Corrupção e Improbidade Administrativa: uma análise dos seus efeitos na sociedade e o possível reflexo no controle jurisdicional de políticas públicas*. In: Rogério Gesta Leal; Ianaê Simonelli da Silva. (Org.). *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2014.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva. 3v.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL



1º Concurso de Fotografia MPPB e Cidadania
“O verdadeiro guerreiro”
Adonias Gouveia Sales Vieira Gomes
1º Lugar Profissional
(Acervo do Arquivo do MPPB)

A RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROVOCAÇÃO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

Eduardo Loula Novais de Paula
Bacharel em Direito

Resumo

Este artigo busca analisar a possibilidade de o Ministério Público adotar novos comportamentos diante de um projeto de lei inconstitucional ou ilegal. Nesse sentido, em conformidade com a necessidade de se privilegiar uma atuação extrajudicial e resolutiva, afinada com os ditames constitucionais, se analisará a possibilidade de se conceder uma nova função para o instrumento extrajudicial da recomendação administrativa ministerial, à luz dos novos paradigmas do Ministério Público, que exigem uma instituição cada vez mais voltada para a resolução extrajudicial dos conflitos da sociedade pós-moderna.

Palavras-Chave: Ministério Público. Recomendação. Controle preventivo de constitucionalidade.

Abstract

This article seeks to analyze the possibility of the *Brazilian Government Agency for Law Enforcement* adopting new behaviors before an unconstitutional or illegal bill. In this sense, in accordance with the need to favor an extrajudicial and resolute action, in line with the constitutional dictates, the possibility of granting a new role for the extrajudicial instrument of the ministerial administrative recommendation will be analyzed, in the light of the new paradigms of the *Brazilian Government Agency for Law Enforcement*, which require an institution that is increasingly focused on the out-of-court settlement of post-modern society conflicts.

Keywords: *Brazilian Government Agency for Law Enforcement*. Recommendation. Preventive control of constitutionality.

1 Introdução

Dentre os novos paradigmas do Ministério Público que decorrem do novo perfil constitucional inaugurado com a Constituição Federal de 1988, destaca-se a necessidade de privilegiar-se o modelo resolutivo de controvér-

sias, em detrimento do modelo demandista, que deverá, cada vez mais, ser utilizado apenas de forma subsidiária, salvo quando a judicialização for imperiosa. Há diversas razões pelas quais é mais vantajosa para os atores jurídicos a utilização do modelo resolutivo, conforme será analisado no decorrer deste artigo.

Em obediência a esse novo paradigma, surge para o Ministério Público a possibilidade de atuação resolutiva em determinadas matérias que antes ficavam relegadas apenas à atuação do Poder Judiciário, que, como é cediço, cada dia está mais assoberbado, devido à grande demanda que recebe diariamente, dificultando o cumprimento do direito constitucional à duração razoável do processo¹.

Neste artigo, será analisado esse novo perfil constitucional do Ministério Público, bem como os novos paradigmas que impõem uma mudança de mentalidade dos seus membros e servidores, para então destacar uma das diversas possibilidades de atuação resolutiva do Ministério Público, medida que trará diversos benefícios para os atores jurídicos, em especial ao Ministério Público, que terá a oportunidade de “cortar o mal pela raiz”; ao Poder Judiciário, que poderá ser beneficiado com a diminuição da sua demanda, concentrando sua energia em outros processos de igual ou maior relevância; e à sociedade, que, a depender da solução conferida ao caso, não precisará recorrer ao Poder Judiciário para obter seus direitos.

Nesse sentido, como problema de pesquisa, indaga-se: como conciliar o controle preventivo de constitucionalidade com a efetivação da justiça resolutiva pelo Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro? Esse é o problema que será desenvolvido no decorrer desse artigo, buscando traçar sólidos argumentos para defender uma nova função para o instrumento da recomendação administrativa.

A escolha do tema é justificada pela relevância jurídica, na medida em que seu delineamento não se encontra positivado na legislação, dependendo de construção jurídica calcada na análise das normas constitucionais e infraconstitucionais, à luz dos novos paradigmas impostos pela Carta Magna de 1988.

O tema possui, também, relevância prática, na medida em que a construção almejada nesse artigo possibilitará ao Ministério Público a utilização da recomendação para outra finalidade de vital importância para o direito constitucional e para a sociedade, ocasionando a otimização do controle de constitucionalidade.

¹ Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Ainda assim, o tema possui relevância social, já que o uso da recomendação para o fim colimado nesse artigo representará maior celeridade na proteção da ordem jurídica e, conseqüentemente, na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos.

O objetivo geral do tema é defender a utilização da recomendação administrativa para provocação do controle preventivo de constitucionalidade. São objetivos específicos analisar o novo perfil constitucional do Ministério Público, descrever o desenvolvimento doutrinário da recomendação administrativa e do controle preventivo de constitucionalidade e analisar a compatibilidade jurídica entre ambos os institutos.

2 Metodologia

A metodologia seguida ao longo do presente artigo foi qualitativa, baseada no levantamento bibliográfico² sobre o tema e a pesquisa descritiva³ e teórica, haja vista tratar-se de pesquisa eminentemente jurídica, com o fim de interpretar os fatos e as normas jurídicas que regem a temática doravante analisada e, partindo do posicionamento doutrinário e normativo existente, defender uma nova função para institutos consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

3 Novo perfil constitucional do Ministério Público⁴

A Constituição Republicana de 1988 elevou o Ministério Público a um patamar inédito. Se no período anterior a atuação do *Parquet* se restringia quase que exclusivamente à esfera penal, como promotor da ação penal pública, a Carta Magna conferiu-lhe novas atribuições⁵. Decorre de tais atribuições constitucionais, por exemplo, a possibilidade de o Ministério Público promover audiências públicas, celebrar compromissos de ajustamen-

²MENDONÇA, Gismália Marcelino. *Manual de normalização para apresentação de trabalhos acadêmicos*. 3. ed. Salvador: Unifacs, 2013, p. 16. Segundo a autora, a pesquisa bibliográfica representa o meio pelo qual se busca o domínio do estado da arte da literatura do tema da pesquisa, através do levantamento bibliográfico de publicações impressas e/ou eletrônicas.

³Idem, p. 16. De acordo com a autora, a pesquisa descritiva desenvolve-se, principalmente, nas ciências sociais e humanas em que o fato/fenômeno/processo, é observado, registrado, analisado e interpretado, mas não é manipulado pelo pesquisador. Neste tipo de pesquisa busca-se conhecer as diversas situações e relações que ocorrem na vida social, política, econômica e outros aspectos do comportamento humano no nível individual ou coletivo.

⁴Do segundo tópico até o quinto tópico está inserido o referencial teórico do presente artigo.

⁵Conforme art. 129 da Constituição Federal de 1988.

to de conduta, além de recomendações dirigidas aos órgãos públicos, sem caráter vinculativo, podendo requisitar ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, bem como resposta por escrito, consoante art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº. 8.625/93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público⁶.

Tais atribuições são o resultado do reconhecimento da grande importância desta Instituição para o amadurecimento da democracia e o desenvolvimento da cidadania. Todavia, o avanço na constitucionalização do acesso à justiça, proporcionado pela Constituição Federal, trouxe consigo novos problemas, dentre eles a sobrecarga do Poder Judiciário. Houve um aumento exponencial da judicialização, ocasionada por diversos fatores, alguns deles citados por Luís Roberto Barroso:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo⁷.

Essa nova realidade tem prejudicado a prestação jurisdicional adequada, fato que impõe a todos aqueles que lidam com a Justiça um esforço na busca de encontrar novas alternativas para a solução desse grave problema. Nesse sentido, conforme será visto no próximo tópico, ganha força na doutrina o fomento ao modelo resolutivo de controvérsias, que possui diversas vantagens sobre o modelo demandista.

Com efeito, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/15)⁸ sinaliza a preocupação do legislador em resolver tais problemas, na medida em que privilegia os métodos de autocomposição, cabendo à doutrina o papel de incentivar a assunção de novas responsabilidades por parte dos que lidam com a Justiça. Em relação ao Ministério Público, como discorre Hermes Zanetti Jr:

⁶Sobre a natureza jurídica da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, conferir em: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 172-173.

⁷BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 421.

⁸A Lei nº 13.105/2015 entrou em vigor em Março de 2016, conforme seu art. 1.045.

Nesse quadro normativo, é preciso ao Ministério Público uma reflexão sobre sua verdadeira vocação, servindo-se de análises críticas da ciência política e da sociologia, ao lado da análise dogmática. A doutrina já despertou para a análise sociológica e política do Ministério Público. Temas como a participação ativa do MP no desenvolvimento da legislação; o aproveitamento pelo MP do momento de redemocratização e das ondas renovatórias do movimento mundial pelo acesso à justiça; a ligação teórica entre promotores de justiça e a defesa dos direitos difusos e coletivos como principal bandeira reformadora do MP na área cível; o afastamento gradativo do Poder Executivo; a alegação pelo MP da indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos ao lado da hipossuficiência organizativa da sociedade para defender esses direitos; foram considerados elementos da formação política do MP brasileiro pós Constituição de 1988, identificando sua atividade com graus de “voluntarismo político” por parte da classe⁹.

Nesse panorama, o novo perfil constitucional do *Parquet* impõe aos seus membros e servidores o dever de assumirem o papel de agentes de transformação social, que privilegia a atuação como intermediadores dos conflitos sociais, fomentando uma cultura de solução autocompositiva dos conflitos, preventiva, extrajudicial, baseada no consenso. Sobre o tema, observa-se, *in verbis*:

Se, antes da Constituição de 1988, o Ministério Público tinha uma atuação voltada, quase que exclusivamente, ao Poder Judiciário, o quadro posterior à Carta da República exige da instituição voos muito maiores, ou seja, atuação ampla e abrangente dentro da ideia de Justiça não como estrutura limitada e relacionada ao Poder Judiciário, mas como valor a ser buscado em favor da sociedade civil, o que inclui a tomada de providência e adoção de expedientes relacionados à esfera extrajudicial ou administrativa¹⁰.

Na verdade, como afirmado alhures, esse novo perfil constitucional do Ministério Público foi inaugurado com a Constituição Federal de 1988, conforme pode extrair-se do art. 129, incisos II, VI e IX da Carta Magna. O

⁹JÚNIOR, Hermes Zanetti. *Código de processo civil: ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da legalidade e o Ministério Público constitucional*. In: GODINHO, Robson Renault; DA COSTA, Susana Henriques; (coordenadores). Ministério Público. Coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 53.

¹⁰ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 4. ed., revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 31.

seu inciso II dispõe acerca da atuação do *Parquet* como *ombudsman*, ou seja, defensor do povo, responsável por zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, conforme lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Na Constituinte, por influência estrangeira (como o *ombudsman* escandinavo), chegou-se a cogitar da criação de um ouvidor ou um defensor do povo em nosso país. Entretanto, um Ministério Público forte e independente dispensa tal órgão à parte, que, mesmo nos países onde foi criado, tem funções apenas investigatórias, enquanto nosso Ministério Público, além de seu poder investigatório, tem a função de levar às barras dos Tribunais os responsáveis pelas violações¹¹.

Obviamente que a função de *ombudsman* deve ser exercida tanto no âmbito extrajudicial quanto na esfera judicial, na esteira do que explica Wallace Paiva Martins Júnior:

Sem prejuízo do exercício do direito de ação, o Ministério Público exerce controle sobre órgãos e entidades da Administração Pública (direta ou indireta) por vários instrumentos concentrados na expressão ‘defensor do povo’, revelada no art. 129, II, da Constituição, que lhe imprimiu perfil assemelhado ao *ombudsman* das legislações europeias. O diferencial é que o Ministério Público brasileiro exerce essas funções de controle (tomada de decisões próprias) da Administração Pública e de pessoas (físicas ou jurídicas) judicial e extrajudicialmente¹².

Contudo, o Ministério Público ainda não absorveu com a devida profundidade tais atribuições, tendo, ainda por algum tempo após o advento da Constituição Federal, dado menor importância à atuação resolutiva, preventiva, extrajudicial, talvez por influência da denominada “cultura da sentença”, ainda fomentada na sociedade brasileira¹³, ou pela formação

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 140.

¹² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115.

¹³ A expressão “cultura da sentença” foi retirada do artigo elaborado por Délton Esteves Pastore em: PASTORE, Délton Esteves. Ministério Público e cultura da sentença. In: GODINHO, Robson Renault; DA COSTA, Susana Henriques. (coordenadores). Ministério Público. Coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 173/192. Afirma o autor, na página 177, que a falsa promessa de uma justiça rápida e eficiente alimenta a expectativa de que todos os problemas da terra poderão ser resolvidos pelo Estado-Juiz, o que gerou a cultura da demanda, e, pois, da sentença.

acadêmica dos bacharéis em Direito, ainda calcada na solução judicial dos conflitos. A realidade tem demonstrado que é equivocada a ideia de que o Poder Judiciário é a panaceia para a solução dos problemas sociais¹⁴.

Portanto, o novo desafio assumido pelo Ministério Público consiste em desgarrar-se da atuação demandista em prol de uma atuação resolutiva, relegando a atuação judicial à *ultima ratio*. Nesse sentido, “integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do processo democrático, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria ainda excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do projeto democrático”¹⁵.

Contudo, “isso implica mudança de mentalidade e de postura dos membros do Ministério Público. A defesa da sociedade, na globalidade de seus interesses, faz emergir um promotor de justiça cuja atuação extrapola os limites do processo judicial e das atividades ligadas à persecução penal, estas até então preponderantes. Com perfil atualizado, o promotor-*ombudsman* substitui a figura anacrônica do implacável acusador criminal”¹⁶.

4 Necessidade de fomento ao modelo resolutivo

Dentre as diversas classificações existentes na doutrina, uma delas admite a divisão do Ministério Público em dois modelos de atuação: o demandista e o resolutivo. O modelo demandista consiste, basicamente, em uma atuação no âmbito jurisdicional, principalmente quando é ajuizada uma demanda no Poder Judiciário, transferindo ao Estado-Juiz a função de aplicar a norma legal ao caso concreto e pacificar o conflito. Esse modelo ainda prevalece no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, o modelo resolutivo privilegia a atuação extrajudicial do *Parquet*, na qual os seus membros exercem a função de intermediador e pacificador das mazelas sociais e controvérsias jurídicas, através de diversos instrumentos jurídicos disponíveis, a exemplo do compromisso de ajustamento de conduta, recomendações, audiências públicas, homologação de acordos extrajudiciais, dentre outros.

¹⁴Deixa-se de comprovar tal assertiva, por considerar tratar-se de fato notório na sociedade brasileira.

¹⁵GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Direito, 1998. p. 96. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1046>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

¹⁶Idem, p. 98.

É fato notório que, após a promulgação da Constituição Republicana de 1988, os jurisdicionados têm procurado cada vez mais o Poder Judiciário para a solução de controvérsias. Como fatores que contribuíram para esse cenário, além dos já mencionados anteriormente, podemos citar a democratização da informação, a ascensão social de classes menos favorecidas da população, o excesso de leis protetivas, a conscientização acerca dos direitos, a imensa quantidade de cursos de Direito no país, a formação acadêmica voltada para a litigiosidade e o reiterado descumprimento de normas pelo Estado e pela iniciativa privada.

Embora o Poder Judiciário também tenha se expandido, não tem conseguido acompanhar o aumento vertiginoso da demanda, falhando, muitas vezes, no cumprimento célere do seu mister; o que vem acarretando o cometimento de injustiças e a falta da prestação jurisdicional adequada, violando o direito fundamental à razoável duração do processo.

Dados do programa “Justiça em números”, do Conselho Nacional de Justiça, dão conta de que, no ano de 2015, se atingiu o percentual de 100 (cem) milhões de processos em tramitação¹⁶. O Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, em entrevista, criticando a cultura de litigiosidade, afirmou que “uma sociedade que precisa da Justiça para todo e qualquer problema é uma sociedade que está doente. No mínimo, ela sofre de infantilidade, de uma síndrome da tutela permanente”¹⁸.

É nesse panorama que urge a necessidade de priorizar o modelo resolutivo, trazendo maior eficácia e celeridade na solução de eventual querela, privilegiando o diálogo e o consenso, além de contribuir para o empoderamento social e para a mitigação da litigiosidade no Poder Judiciário, que poderá envidar maiores esforços em processos de grande relevância e repercussão no âmbito jurídico.

Essa nova realidade deve ser fomentada pelos Poderes da República e pelos agentes políticos em geral, como forma de criar uma cultura de resolução consensual dos litígios. O Conselho Nacional de Justiça criou diversos programas e ações que incentivam a busca pelos métodos de autocomposição, a exemplo da Semana Nacional de Conciliação, programa “Conciliar é legal”, bem como pela edição da Recomendação nº. 50/2014, que recomenda aos Tribunais pátrios a realização de estudos de ações tendentes a dar continuidade ao movimento permanente pela conciliação.

¹⁶BRASIL. Brasil atinge marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. Notícia veiculada no site www.conjur.com.br. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasilinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

¹⁸BRASIL. Sociedade deve escolher se resolve seus litígios ou paga para a justiça resolvê-los. Entrevista veiculada no site www.conjur.com.br. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-11/entrevista-jose-renato-nalini-presidente-tj-sp>>.

No âmbito legislativo, diversas leis preveem a possibilidade de atuação de juízes leigos e conciliadores, a exemplo da Lei nº. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, em obediência ao comando insculpido no art. 98 da Constituição Federal de 1988. Ademais, a Lei 13.105/15, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 3º, §§ 2º e 3º, dispõe que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público.

Há, ainda, a Lei nº. 13.140/15 que instituiu a Lei da Mediação entre particulares como forma de solução de controvérsias e a possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

O Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, também passou a incentivar a resolução das demandas através de métodos de autocomposição, como se pode observar da Resolução nº. 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, que instituiu a “Política Nacional de incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público”. Sobre a importância do fomento ao modelo resolutivo, leciona Gregório Assagra de Almeida:

O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais¹⁹.

Fazendo uma comparação entre os dois modelos de atuação do Ministério Público, podemos afirmar que, enquanto o modelo demandista é baseado na reação, o modelo resolutivo é baseado na pró-ação; enquanto o primeiro põe a responsabilidade das decisões em um terceiro – o Estado/Juiz – o segundo privilegia o protagonismo das partes²⁰; enquanto o modelo

¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, C.C; ALVES, L.B.M. (organiz.). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 45-103.

²⁰ Sobre a importância do diálogo para a efetividade do direito, sugerimos a leitura da obra de Frederico Costa Greco: GRECO, Frederico Costa. *A (in) efetividade do direito: quando o diálogo se torna mais importante do que a lei*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

demandista causa um distanciamento do cidadão, o modelo resolutivo o aproxima, pois permite o diálogo franco e a solução consensual; o modelo demandista é mais custoso ao Estado se comparado ao modelo resolutivo; o modelo resolutivo permite, em geral, solução mais célere do que o modelo demandista²¹.

No modelo demandista, o risco da perda de legitimidade e da credibilidade do *Parquet* pela comunidade é maior do que no modelo resolutivo, afinal de contas, é mais fácil aceitar uma decisão na qual se teve sua participação ativa. Ainda sobre as vantagens da autocomposição, destaca-se:

A auto e heterocomposição, fora e além da estrutura judiciária estatal, produz diversas externalidades positivas: alivia a pressão causada pelo excesso de processos judiciais; estimula as partes e interessados a comporem suas divergências, de per si ou com intercessão de um facilitador; agrega estabilidade e permanência às soluções consensuais ou negociadas, pela natural tendência dos envolvidos a prestigiarem a fórmula por eles mesmos industriada; propicia ganho de tempo para os juízes, o qual pode assim ser realocado para a análise mais aprofundada das lides singulares e complexas, bem como daquelas tornadas impossíveis ou que, por sua natureza ou qualidade da parte, imponham uma passagem judiciária; enfim, essa distribuição, pluralista e democrática, da justiça, pode atenuar o peso, no orçamento estatal, dos crescentes investimentos na estrutura judiciária, que culminam por erigir um megapoder, o qual, nem por isso, conseguirá responder à expectativa dos jurisdicionados²².

Nesse sentido, um importante instrumento extrajudicial e resolutivo que pode ser utilizado pelo Ministério Público é a recomendação ministerial, que será objeto do capítulo seguinte.

²¹ Ainda sobre o tema, Gregório Assagra de Almeida leciona: “portanto, nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais”. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. In: GODINHO, Robson Renault; DA COSTA, Susana Henriques. (coordenadores). Ministério Público. Coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 148.

²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: RT, 2010. p. 223-224.

5 A recomendação pelo Ministério Público

Conforme já assinalado, a Constituição Republicana de 1988 ampliou o rol de atribuições do Ministério Público, conferindo à legislação infraconstitucional a responsabilidade pela regulamentação de alguns instrumentos jurídicos.

Dentre tais instrumentos, está prevista a recomendação, com previsão legal no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº. 75/1993²³ (aplicação subsidiária aos Estados), no art. 27, parágrafo único, inciso IV da Lei nº. 8.625/1993²⁴, bem como nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais, a exemplo do art. 75, inciso IV, da Lei Complementar nº. 11/1996 do Estado da Bahia²⁵. Ademais, a Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público também prevê a recomendação em seu art. 15²⁶.

Consiste a recomendação em um instrumento jurídico extrajudicial, unilateral, utilizado pelo Ministério Público para apontar ao recomendado – pessoa física ou jurídica, pública ou privada – eventual necessidade de adoção de um determinado comportamento, para que não incorra em descumprimento de normas constitucionais ou infraconstitucionais, seja por uma atuação comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, com o intuito de melhorar os serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover. Trata-se, portanto, de um instrumento preventivo²⁷.

²³ Art. 6º, inciso XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

²⁴ Art. 27, parágrafo único, inciso IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anuais ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

²⁵ Art. 75, inciso IV – promover audiências públicas e emitir relatórios anuais ou especiais, e recomendações dirigidas aos poderes, aos órgãos e entidades mencionadas no art. 74, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e, quando for o caso, as providências cabíveis.

²⁶ Art. 15. O Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover. Parágrafo único. É vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública.

²⁷ O art. 5º do Ato Normativo nº. 484-CPJ do ano de 2006, no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, define a recomendação como sendo o instrumento destinado à orientação de órgãos públicos ou privados, para que sejam cumpridas normas relativas a direitos e deveres assegurados ou decorrentes das Constituições Federal e Estadual e serviços de relevância pública e social. Parágrafo único. É vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública. (Incluído pelo Ato (N) nº 718/2011 – CPJ, de 01/12/2011).

Inclusive, o parágrafo único do art. 15 da Resolução nº. 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe ser vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública, o que significa que sua incidência só se faz possível antes da perpetração do ilícito.

Por derradeiro, “a recomendação ministerial, por se tratar de comunicação oficial expedida por órgão público, objetivando o alcance de resultados institucionais relacionados com as funções do Ministério Público, não pode ser entendida como um mero conselho ou lembrete. O conselho tem tom informal, amistoso e decorre, via de regra, de relações de particulares onde não se aplica o princípio da impessoalidade, orientador das condutas de todos os agentes públicos, inclusive os membros do Ministério Público”²⁸.

A recomendação não possui caráter vinculante, ou seja, suas disposições não têm o condão de impor o acatamento pelo recomendado. A doutrina destaca que a recomendação possui a natureza jurídica de ato administrativo enunciativo. Nesse sentido, vale observar o seguinte excerto:

Desta forma, por se tratar de ato praticado diretamente e unilateralmente pelo Ministério Público no exercício de suas funções administrativas, extrajudiciais, contendo as razões de convencimento do órgão recomendante sobre determinado fato e uma advertência ao destinatário, sem caráter de coerção, concluímos que a recomendação possui natureza jurídica de ato administrativo enunciativo de efeitos concretos²⁹.

De acordo com a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “ato enunciativo é aquele pelo qual a Administração apenas atesta ou reconhece determinada situação de fato ou de direito. Alguns autores acham, com razão, que esses atos não são atos administrativos propriamente ditos, porque não produzem efeitos jurídicos. Correspondem à categoria, já mencionada, dos meros atos administrativos”³⁰.

²⁸MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (organiz). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 496.

²⁹Idem, p. 499.

³⁰DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 225.

Por sua vez, Dirley da Cunha Júnior entende que atos meramente enunciativos “são os atos cujos efeitos se prestam apenas para emitir um juízo de conhecimento ou de opinião, atestando ou reconhecendo uma determinada situação de fato ou de direito. Eles simplesmente manifestam a opinião ou o conhecimento da Administração Pública sobre determinada situação fática ou jurídica, sem produzir qualquer efeito jurídico imediato”³¹.

Todavia, embora se trate de ato administrativo enunciativo, a recomendação produz, sim, efeitos jurídicos. Nesse sentido, “embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande força moral, e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão”³². Essa necessidade de dar resposta escrita ao Ministério Público cria uma relação jurídica de vinculação do destinatário aos motivos que apresentar, em conformidade com a teoria dos motivos determinantes.

Ademais, após a expedição da recomendação, o destinatário não poderá alegar desconhecimento da matéria, ensejando a caracterização do dolo para fins de improbidade administrativa, por exemplo:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação do elemento anímico que direcionou o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação aos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº. 8.429/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado³³.

³¹ Dacunha Júnior, Dirley. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 96.

³² Mazzilli, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento de conduta e audiências públicas*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 356.

³³ Garcia, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed. apud Didier Júnior, Fredie; Zaneti Júnior, Hermes. *Curso de direito processual civil: Processo coletivo*. 7. ed. atualizada, 2012. p. 250-251. 4v.

Enfim, destacamos a síntese exposta por Marcos Paulo de Souza Miranda em relação aos efeitos que podem surgir da recomendação utilizada pelo Ministério Público:

Em síntese, podemos elencar os seguintes efeitos que podem advir das recomendações expedidas pelo Ministério Público: 1) caracterizar o dolo para viabilizar futura ação penal pela prática de condutas que encontram adequação típica na legislação criminal; 2) tornar inequívoca a demonstração da consciência da ilicitude do recomendado e impedir que seja invocado o desconhecimento da lei (*ignorantia legis*), com repercussões de relevo na esfera de responsabilização criminal; 3) provocar o autocontrole de atos da administração pública, visto que, pelo princípio da autotutela, a Administração pode corrigir seus próprios erros; 4) caracterizar o dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em sede de ação por ato de improbidade administrativa quando tal elemento subjetivo for exigido (art. 11 da Lei n.º. 8.429/92); 5) impelir, estimular, embasar ou apoiar atos discricionários de agentes públicos que se encontram tendentes a realizá-los, mas que, por quaisquer motivos (políticos ou administrativos), não o fazem; 6) constituir-se em elemento probatório em sede de ações cíveis ou criminais; 7) vincular as justificativas apresentadas pelo recomendado acerca da prática ou omissão administrativa, aos respectivos motivos determinantes, viabilizando o controle jurisdicional; 8) afastar – quando respondida, contendo as argumentações para o não atendimento da providência recomendada – a alegada necessidade de prévia oitiva do ente público que figura no polo passivo para análise de eventual concessão de liminar (exigência do art. 2.º da Lei n.º. 8.437/92)³⁴.

A doutrina diverge acerca da possibilidade da recomendação ser realizada de forma avulsa, autônoma, ou apenas quando se estiver diante de um procedimento investigatório prévio.

De acordo com Geisa de Assis Rodrigues, a recomendação, “em regra, é expedida nos autos do inquérito após sua instrução, como forma de evitar a propositura da medida judicial e quando não seja o caso de

³⁴MIRANDA, Marcos Paulo. *Ibidem*, p. 508.

ajustamento de conduta, mas nada impede que a recomendação seja feita fora de uma investigação, ou até seja uma das primeiras diligências do inquérito civil”³⁵.

Marcos Paulo de Souza Miranda, de igual modo, afirma que “a recomendação ministerial pode ser manejada em toda e qualquer hipótese em que seja cabível a atuação do Ministério Público. A sua expedição não pressupõe, necessariamente, a prévia instauração de procedimento investigatório, podendo ser expedida de forma autônoma”³⁶.

Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, entende que “para que o Ministério Público expeça uma recomendação, primeiramente deve investigar os fatos, inteirando-se do problema e de suas consequências; deve colher informações técnicas adequadas e, ao final, poderá apontar as falhas e diagnosticar sua correção. O meio adequado para chegar a expedir recomendações será de regra o inquérito civil, podendo valer-se também da realização de audiências públicas”³⁷.

Leonardo Barreto Moreira Alves e Márcio Soares Berclaz asseveram que “ainda que nada impeça que um procedimento administrativo do tipo inquérito civil ou procedimento preparatório seja inaugurado a partir da emissão de uma recomendação administrativa ou notificação recomendatória de caráter preventivo, normalmente o uso do instrumento se dá ao longo da instrução de um procedimento já instaurado e no qual foram apurados ou reunidos elementos de informação, como desdobramento da investigação ou da apuração de determinado problema”³⁸.

Portanto, temos divergências na doutrina a respeito do tema. A legislação infraconstitucional não proíbe a recomendação avulsa ou autônoma. Por outro lado, o art. 15 da Resolução nº. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe que “o Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações”, insinuando que não seria possível a recomendação avulsa. Contudo, em que pese as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público tenham caráter normativo e abrangência nacional, possuem a natureza jurídica de atos administrativos.

³⁵RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: FARIAS, Cristiano Chave; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (organiz). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 287-288.

³⁶MIRANDA, Marco Paulo. *Ibidem*, p. 500.

³⁷MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ibidem*, p. 353.

³⁸ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ibidem*, p. 50.

Resta a dúvida se tal ato administrativo poderia regulamentar a legislação infraconstitucional, sem que tenha recebido autorização para tanto. Pensamos que, a depender do caso, não se fará necessária uma investigação preliminar para que o Ministério Público faça uso da recomendação.

A título ilustrativo, ao analisar um projeto de lei em tramitação no Poder Legislativo, o Ministério Público pode, desde logo, sem procedimento preparatório, expedir uma recomendação, que, obviamente, conterà os fundamentos jurídicos que explicitem a necessidade de eventual alteração do texto do projeto de lei, pois, em geral, far-se-á necessária apenas a análise do texto do projeto de lei em conformidade com a legislação constitucional e infraconstitucional. Em outros casos, a prudência recomendará a adoção de um procedimento preparatório. Logo, a análise deve ser casuística.

6 Controle preventivo de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é o procedimento pelo qual se fiscaliza o cumprimento das normas constitucionais. Em razão do princípio da supremacia da Constituição, todas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com o que estabelecem as normas constitucionais. Logo, as normas infraconstitucionais que infringirem a Constituição Federal ou as Constituições Estaduais serão objeto de um controle a ser realizado por órgãos devidamente elencados pela Carta Magna³⁹.

Dentre as diversas classificações possíveis, para o presente artigo nos interessa a classificação quanto ao momento de realização desse controle de constitucionalidade. Com efeito, de acordo com tal classificação, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo.

O controle preventivo é aquele realizado antes de o projeto de lei se tornar uma lei, ou seja, antes do ingresso do ato no ordenamento jurídico. Esse controle pode ser realizado pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário⁴⁰.

³⁹É importante reafirmar que o vício de inconstitucionalidade das leis e atos normativos termina enfraquecendo o princípio da supremacia constitucional, na medida em que a vontade do poder constituinte originário não estará sendo respeitada. Sendo a Constituição a Lei Fundamental, vetor máximo de um sistema jurídico, cujos preceitos foram estabelecidos democraticamente mediante o consenso, ainda que mínimo, da população – através dos seus representantes – sua violação representa, também, uma violação ao princípio democrático, motivo pelo qual o controle de constitucionalidade visa preservar os valores primordiais da sociedade.

⁴⁰Supremo Tribunal Federal. MS 32033, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, relator(a) p/ acórdão: min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, processo eletrônico DJE-033 divulg 17-02-2014 public 18-02-2014.

O Poder Legislativo realiza o controle preventivo de constitucionalidade por meio das denominadas Comissões de Constituição e Justiça. De acordo com o art. 59 da Constituição Federal, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. É importante ressaltar que nem todas essas espécies normativas passarão pelo controle preventivo do Poder Legislativo, a exemplo das medidas provisórias.

Em relação às leis complementares e leis ordinárias, por exemplo, o processo se inicia com a fase de iniciativa, em que determinadas pessoas ou órgãos poderão apresentar projetos de lei, a exemplo do Deputado Federal, Senador, Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, cidadãos, enfim, aos elencados no art. 61 da Constituição Federal⁴¹.

Em seguida, a matéria é encaminhada para as Comissões Temáticas e Comissão de Constituição e Justiça, sendo que esta última terá a incumbência de analisar a constitucionalidade do projeto de lei, emitindo parecer sobre a questão. Se a inconstitucionalidade for parcial, poderá ser oferecida uma emenda ao texto do projeto de lei, mas, se a inconstitucionalidade for total, o projeto de lei deverá ser arquivado definitivamente por despacho do Presidente da Casa Legislativa, salvo se houver recurso, nos termos do Regimento Interno de cada Casa Legislativa. Importante não olvidar o seguinte:

Lembramos que as comissões, em razão da matéria de sua competência, poderão, além de discutir e emitir pareceres sobre o projeto de lei, aprová-los, desde que, na forma do regimento interno da Casa, haja dispensa da competência do plenário (delegação *interna corporis*) e inexistir, também, a interposição de recurso de 1/10 dos membros da Casa, hipótese em que será inviável a votação do projeto de lei pela comissão temática (art. 58, § 2º, I), sendo esta, necessariamente, transferida para o plenário da Casa⁴².

Sendo aprovado o projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça, passa-se à fase constitutiva, na qual há a deliberação parlamentar, ou seja, a discussão e votação da matéria e a deliberação executiva, em que o

⁴¹ A Constituição do Estado da Bahia dispõe sobre a iniciativa de projetos de leis ordinárias e complementares em seu art. 75, in verbis: “Art. 75 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias caberá a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao governador do Estado, Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas do Estado, Tribunal de Contas dos Municípios, procurador geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.”

⁴² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 515.

Poder Executivo poderá vetar ou sancionar o projeto de lei. O poder de veto do Chefe do Poder Executivo se enquadra também como exercício do controle de constitucionalidade preventivo, só que realizado pelo Poder Executivo. Esse poder de veto pelo Chefe do Poder Executivo decorre do princípio da separação dos poderes, que deu origem ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Sobre o tema, importante as seguintes lições:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos *gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de *atos especiais*. O Executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E, se houver exorbitância de qualquer dos poderes, surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências⁴³.

Sancionado o projeto de lei, passa-se à fase complementar na qual ocorrerá a promulgação da lei e sua publicação. Contudo, é possível e não raro acontece de a Comissão de Constituição e Justiça emitir parecer favorável à constitucionalidade de determinado projeto de lei que se mostra inconstitucional sob a ótica de outros Poderes ou órgãos públicos, a exemplo do Poder Executivo e, em especial o Ministério Público, instituição escolhida pela Carta Magna para atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por um lado, como visto, surge a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo vetar o projeto de lei, no todo ou em parte, no prazo de

⁴³DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 220-221.

quinze dias úteis, contados da data do recebimento, se considerá-lo inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político), nos termos do que dispõe o art. 66 da Constituição Federal de 1988⁴⁴.

Há casos, entretanto, em que a iniciativa do projeto de lei é privativa do Poder Executivo, o que, por razões óbvias, nos leva a crer que dificilmente o gestor exercerá o poder de veto. Logo, caso esse projeto de lei inconstitucional ou ilegal receba parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, já pode surgir o interesse do Ministério Público em ver alterado o projeto de lei, no todo ou em relação à parte em que se mostrar inconstitucional ou ilegal, ressaltando que, nos demais casos, nada obriga que o Ministério Público deva aguardar a manifestação de outro Poder. Os instrumentos que podem ser utilizados pelo Ministério Público serão objeto do capítulo seguinte.

7 A recomendação pelo Ministério Público como instrumento de provocação do controle preventivo de constitucionalidade

Conforme analisado no capítulo anterior, a partir do momento em que um projeto de lei considerado inconstitucional recebe parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, surge o interesse do Ministério Público em ver alterado o respectivo projeto, tendo em vista que é o órgão escolhido pela Carta Magna para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis⁴⁵.

A primeira atitude a ser tomada pelo Ministério Público que salta aos olhos é a possibilidade de propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade contra determinada lei, já que o *Parquet* é um dos legitimados para a

⁴⁴ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Dispositivo semelhante consta no art. 80 da Constituição do Estado da Bahia, in verbis: Art. 80 - Aprovado o projeto de lei, será encaminhado ao governador que, aquiescendo, o sancionará, no todo ou em parte. § 1º - O governador poderá vetar, total ou parcialmente, no prazo de quinze dias, o projeto de lei que considerar, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público. No mesmo sentido dispõe o art. 49 da Lei Orgânica do Município de Salvador: Art. 49. Aprovado em redação final, será o projeto enviado ao prefeito que, aquiescendo, o sancionará no prazo de 15 (quinze) dias úteis, determinando a sua publicação. § 1º Se o prefeito considerar o projeto inconstitucional, ilegal ou contrário ao interesse público, opor-lhe-á veto total ou parcial, dentro de 15 (quinze) dias, encaminhando ao presidente da Câmara os motivos do veto.

⁴⁵ ALMEIDA, Grégorio Assagra de, op. cit., p. 153, afirma que “na condição de fiscal da ordem jurídica, assume papel de destaque a atuação do Ministério Público no controle da constitucionalidade tanto no controle concentrado e abstrato quanto no controle difuso e incidental. Convém destacar, também, a importância da atuação do Ministério Público para o controle extrajudicial da constitucionalidade, que poderá se dar quando a Instituição expede recomendação para provocar perante o Poder Legiferante o autocontrole da constitucionalidade.”

propositura dessa ação constitucional, conforme art. 103, VI da Constituição Federal, bem como art. 134, III da Constituição do Estado da Bahia. Todavia, para que tal *mister* seja realizado, o Ministério Público deve, necessariamente, aguardar todo o trâmite legislativo, mesmo porque o Poder Judiciário já teve a oportunidade de decidir não ser cabível a ele analisar a constitucionalidade de projeto de lei.

Com efeito, no julgamento do Mandado de Segurança preventivo nº. 32.033, o Supremo Tribunal Federal reputou que o sistema constitucional não autorizaria o controle de constitucionalidade prévio de atos normativos, e que a jurisprudência da Corte estaria consolidada no sentido de, em regra, deverem ser rechaçadas as demandas judiciais com essa finalidade.

Delimitou haver duas exceções a essa regra: a) proposta de emenda constitucional manifestamente ofensiva à cláusula pétrea e; b) projeto de lei ou de emenda em cuja tramitação se verificasse manifesta afronta à cláusula constitucional que disciplinasse o correspondente processo legislativo.

Aduziu que, em ambas as hipóteses, a justificativa para excepcionar a regra estaria claramente definida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O vício de inconstitucionalidade estaria diretamente relacionado aos aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa.

Nessas circunstâncias, a impetração de segurança seria admissível porque buscaria corrigir vício efetivamente concretizado, antes e independentemente da final aprovação da norma. Logo, como regra, só cabe o controle preventivo do Poder Judiciário no caso de vício formal no projeto de lei ou proposta de emenda constitucional. Excepcionalmente, caberá quando houver vício material, no caso de proposta de emenda constitucional ofensiva à cláusula pétrea.

Se, por um lado, é pacífica a ideia de que não cabe, via de regra, controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Poder Judiciário, por outro lado, ter que aguardar todo o trâmite legislativo para só então propor eventual ação direta de inconstitucionalidade se configura um comportamento ineficiente, uma vez que, sancionada e publicada a lei, via de regra, ela já passa a surtir seus efeitos, podendo prejudicar aqueles que por ela serão afetados.

Ademais, aguardar o posicionamento do Poder Judiciário, que se encontra assoberbado de trabalho, conforme salientado anteriormente, pode significar a inefetividade do direito, prejudicando a sociedade, que, ao ver-se desassistida em seus direitos, irá procurar o Poder Judiciário, na maioria das vezes, de forma individualizada, o que poderá ocasionar uma enxurrada de novas demandas, dificultando ainda mais a efetiva prestação jurisdicional.

Não é irrelevante ressaltar que o Poder Legislativo, em geral, legisla mal. Em entrevista de uma revista eletrônica ao magistrado federal Dirley da Cunha Júnior, restou asseverado que “a inconstitucionalidade das leis, de forma geral, é uma preocupação constante do juiz. Os dados do “*Anuário da Justiça Brasil 2015*”, revelando que, de cada dez leis julgadas em ações diretas de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seis são inconstitucionais, mostram, no entendimento de Cunha, que o legislador está precisando aprender a legislar e que uma possível solução para isso é a criação de um órgão de controle preventivo de constitucionalidade, que seja provocado quando houver dúvida acerca da constitucionalidade de uma proposta ainda em tramitação. Se a decisão for pela inconstitucionalidade, a proposta é arquivada. Se for pela constitucionalidade, e aprovada, torna-se definitiva”⁴⁶.

Há quem defenda, doutrinariamente, a possibilidade de o próprio Supremo Tribunal Federal realizar esse controle preventivo, entendimento que é alvo de críticas, no sentido de que a Constituição Federal de 1988 teria previsto apenas o controle repressivo ao Poder Judiciário. Por exemplo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, já defende um controle prévio de constitucionalidade das leis há algum tempo:

Em artigo publicado na Revista dos Advogados, em 2004, ele defendeu a discussão da matéria, ‘tendo por objeto atos normativos de caráter infralegal, como portarias normativas, instruções gerais e regulamentos editados pela Administração Pública’. Na prática, significa dizer que sofreriam controle preventivo de constitucionalidade todos projetos de lei, projetos de decretos legislativos — responsáveis pela aprovação dos tratados internacionais — e de qualquer proposta de Emenda à Constituição Federal. A medida, escreveu Celso de Mello no artigo, permite que a alta corte judiciária, ‘em decisão revestida de força obrigatória geral, possa neutralizar desvios no exercício inadequado do poder regulamentar’. O mesmo posicionamento havia sido manifestado pelo Ministro antes de 2004, durante a Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil sobre Direitos Humanos, em 1997. Atualmente, a jurisprudência do Supremo vem rejeitando outro modelo, o de fiscalização preventiva mediante a ação direta. O

⁴⁶BRASIL. Precisamos de órgão para fazer controle prévio de constitucionalidade das leis. Notícia veiculada em www.conjur.com.br. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/entrevista-dirley-cunha-junior-juiz-federal-professor>>. Acesso em: 13 maio 2016.

entendimento se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 466, do Distrito Federal. Nela, o Partido Socialista Brasileiro tentou arguir a inconstitucionalidade de uma proposta de emenda que ampliava as hipóteses de pena de morte no Brasil⁴⁷.

Dessa forma, em consonância com o novo perfil constitucional do Ministério Público e com a necessidade de se privilegiar a sua atuação resolutiva, em detrimento à atuação demandista, conforme exposto no início deste artigo, surge uma nova possibilidade de atuação do *Parquet*, que se encaixa nesse novo perfil constitucional: a recomendação para provocação do controle preventivo de constitucionalidade⁴⁸.

Com efeito, uma vez que o projeto de lei tenha recebido parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça do Poder Legislativo, já existirá interesse do Ministério Público em ver alterado o respectivo projeto, no todo ou em parte, devendo, por conseguinte, expedir recomendação para que os membros do Poder Legislativo suprimam ou acrescentem dispositivo no texto do projeto de lei em tramitação para que este seja posteriormente sancionado sem inconstitucionalidades ou ilegalidades.

Nada impede que o Poder Legislativo adote tal comportamento, seja porque a Constituição Federal e os respectivos regimentos internos permitem aos seus membros a alteração do projeto de lei, seja porque se aplica à Administração Pública⁴⁹ o princípio da autotutela, segundo o qual, na esteira do enunciado n.º. 473 do Supremo Tribunal Federal, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e, ressalvadas em todos os casos, a apreciação judicial”. Sobre o tema:

Uma utilização ainda pouco explorada em âmbito nacional, mas inteligente e promissora, é a da recomendação ministerial, objetivando provocar o autocontrole de constitucionalidade de leis e demais atos normativos, instrumento este que vem sendo usado rotineira-

⁴⁷BRASIL. Cresce debate sobre controle prévio de leis. Notícia veiculada em www.conjur.com.br. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controleprevio-constitucionalidade>>. Acesso em: 13 maio 2016.

⁴⁸Sobre a natureza jurídica e efeitos da recomendação, sugerimos a leitura do capítulo IV.

⁴⁹Importante lembrar que o conceito de Administração Pública abrange não apenas o Poder Executivo, pois também há exercício de função administrativa no Poder Legislativo e no Poder Judiciário, motivo pelo qual o princípio da autotutela se aplica aos três Poderes da República.

mente em Minas Gerais pela Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria-Geral de Justiça, alcançando ótimos resultados. No campo do Direito Ambiental, por exemplo, recomendação expedida por tal órgão em 2005, dirigida ao Poder Legislativo do Município de Governador Valadares, provocou a revisão legislativa do art. 155, VIII, do Código Ambiental daquela cidade, que, ao permitir a emissão de poluição sonora sem limites e em qualquer horário nas situações que arrolou, violava frontalmente os arts. 225 da CF/88 e 214 da CEMG⁵⁰.

Dessa forma, embora a recomendação não tenha caráter vinculante, afigura-se um instrumento útil a ser utilizado pelo Ministério Público, pois privilegia a atuação resolutiva, consensual, eficiente, além de ser mais uma forma de manifestação do sistema de freios e contrapesos, conforme assinalado anteriormente.

Esse comportamento a ser adotado pelo Ministério Público não exclui eventual propositura de ação direta de inconstitucionalidade, caso a recomendação não obtenha êxito. Contudo, uma vez sendo observados os termos da recomendação, tornar-se-á desnecessária a propositura de eventual ação direta de inconstitucionalidade, medida que contribuirá para a diminuição da demanda no Poder Judiciário. Nesse sentido:

Assim, em sendo possível, é até mesmo o mais recomendável, o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante, seja por intermédio do instituto da revogação, seja por intermédio do instituto da alteração para adequação ao sistema constitucional da lei ou ato normativo apontado como inconstitucional, nada mais razoável do que se provocar primeiramente, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, deixando para depois, em caso de recusa do autocontrole da constitucionalidade pelo poder competente, a via do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade perante a Corte, sendo perfeitamente compatível e até razoável o seu exercício Constitucional competente⁵¹.

⁵⁰MIRANDA, Marcos Paulo de Souza, op. cit., p. 501.

⁵¹PARISE, Elaine Martins; ALMEIDA, Gregório Assagra de; LUCIANO, Júlio César; ALMEIDA, Renato Franco de. O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade. *Revista MPMG Jurídico*. Ano 1, set./ 2005, p. 17.

Ainda assim, se porventura os membros do Poder Legislativo não acatarem os termos da recomendação ministerial, entendendo não haver qualquer vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade no projeto de lei, restará a possibilidade de expedição de recomendação ao Chefe do Poder Executivo para que manifeste o seu poder de veto do projeto de lei, no todo ou em parte, caso concorde com a manifestação do Ministério Público.

Contudo, considerando que a atribuição para editar leis cabe ao Poder Legislativo, o veto poderá ser rejeitado em sessão conjunta das Casas Legislativas (onde houver mais de uma Casa), dentro de trinta dias a contar do seu recebimento, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, hipótese na qual o projeto será enviado sem o veto para promulgação pelo Poder Executivo.

Se a lei não for promulgada dentro de 48 (quarenta e oito) horas pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente do Poder Legislativo respectivo a promulgará e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente fazê-lo⁵².

Vale mencionar que, tanto na provocação do Poder Legislativo, quanto na provocação do Poder Executivo, se o entendimento for pelo não acatamento da recomendação, tais Poderes deverão justificar, de forma fundamentada, a razão pela qual discordam do Ministério Público, conforme exigência do art. 27, parágrafo único, inciso IV da Lei nº. 8.625/1993.

Tratando-se de ato flagrantemente ilegal, a doutrina destaca ser mais efetiva a adoção de outros comportamentos, sob pena de desmoralizar a Instituição. Nesse sentido:

Em caso de flagrante descumprimento da norma legal em que é evidente a ciência dessa irregularidade, a recomendação deve ser utilizada com parcimônia, para não desmoralizar a Instituição expedidora, que deverá, para evitar que isso aconteça, adotar a medida judicial cabível em caso de descumprimento. Por tal razão, nesses casos costuma ser preferível (mais efetivo) optar pela tentativa de firmar compromisso de ajustamento de conduta e, diante da negativa do pretendido compromissário, adotar a via judicial⁵³.

Além do exemplo citado no Município de Governador Valadares, em Minas Gerais, podemos mencionar uma oportunidade em que tal instrumento poderia ser utilizado no Estado da Bahia. Com efeito, em 25 de novembro de 2015, o Governador do Estado da Bahia apresentou proposta de emenda

⁵² Art. 66, caput e parágrafos da Constituição Federal, bem como art. 80 da Constituição do Estado da Bahia.

⁵³ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Op cit., p. 505.

constitucional com o intuito de, dentre outras matérias, alterar o art. 41, inciso VIII da Constituição do Estado da Bahia, visando a restringir, em âmbito estadual, o direito social ao adicional de férias com remuneração de pelo menos 1/3 do salário normal.

A referida proposta de emenda constitucional recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia⁵⁴, sem que houvesse a supressão do artigo da proposta que visava a alterar o art. 41, VIII da Constituição do Estado da Bahia.

Nesse momento, o Ministério Público do Estado da Bahia poderia ter expedido recomendação, sugerindo aos membros do Poder Legislativo que suprimissem o artigo que visava a restringir o direito constitucional ao adicional de férias, tendo em vista o quanto disposto no art. 7º, XVII e art. 39, § 3º da Carta Magna, bem como no art. 41 da Constituição do Estado da Bahia, que não poderia ser objeto de restrição, por se tratar de um direito fundamental.

A recomendação traria consigo todos os efeitos que já foram citados anteriormente, fazendo com que o Poder Legislativo tivesse que dar a devida divulgação, além de ter que responder de forma fundamentada, conferindo maior força política ao pleito do Ministério Público do Estado da Bahia.

Não obstante, a Associação dos Membros do Ministério Público do Estado da Bahia optou por apresentar uma nota técnica⁵⁵ em que opinou pela inconstitucionalidade da alteração do art. 41, VIII, da Constituição do Estado da Bahia, e pela discussão do tema com os membros do Poder Legislativo Estadual, atitude que terminou sendo exitosa, tendo em vista que a proposta de emenda constitucional se transformou na emenda constitucional nº. 22, publicada em 30.12.2015⁵⁶, com a supressão do artigo que alterava o art. 41, VIII, da Constituição do Estado da Bahia.

⁵⁴O parecer da Comissão de Constituição e Justiça. Disponível em: <<http://www.al.ba.gov.br/atividade-parlamentar/proposicoes-resultado.php?cod=PEC/148/2015>>. Acesso em: 6 jan. 2016. Nos termos do art. 51, § 1º do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, à Comissão de Constituição e Justiça cabe opinar, salvo a competência privativa da Mesa (art. 40, IV), em todas as proposições, sobre o aspecto de constitucionalidade, legalidade e técnica legislativa, bem como elaborar a redação final, na forma do Regimento Interno, devendo apreciar ainda o mérito relativo às seguintes matérias: I - organização judiciária e do Ministério Público; II - registros públicos; III - desapropriações de bens do domínio estadual; IV - licença ao Governador e Vice-Governador para que se ausentem do País.

⁵⁵Disponível em: <<http://www.ampeb.org.br/wp-content/blogs.dir/2015/12/Minuta-Nota-T%C3%A9cnica-01-2015-PEC-148-2015-1.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

⁵⁶Disponível em: <<http://www2.egba.ba.gov.br/diario/DO31/Fotos/LEGISLATIVO.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

Conclusão

Ao longo desse artigo, restou demonstrado que a demanda por justiça na sociedade brasileira aumentou de maneira significativa nos últimos anos, o que pode ser atribuído a diversos fatores, a exemplo da globalização, da redescoberta da cidadania e da conscientização da população quanto aos seus direitos.

Para não sucumbir diante dessa nova realidade, as instituições devem, de igual modo, se reinventar, buscar novas soluções que possibilitem a efetivação da justiça de forma ampla e generalizada. Nesse sentido, demonstrou-se que a atuação resolutiva e consensual deve ser privilegiada, em detrimento da atuação demandista, já que abarca diversas vantagens, a exemplo da maior celeridade na resolução dos litígios, maior eficácia, solução consensual, baseada no diálogo, empoderamento dos atores, resgate da cidadania, além de desafogar o Poder Judiciário.

Dentre essas instituições, destaca-se o Ministério Público, cujo regramento constitucional é plenamente compatível com a atuação resolutiva, motivo pelo qual tal modelo deve ser incentivado e adotado, de forma crescente, pelos seus membros e servidores.

No recorte epistemológico desse artigo, buscou-se analisar a compatibilidade de uma das técnicas de controle de constitucionalidade com a efetivação da justiça resolutiva pelo Ministério Público. Nesse diapasão, foi indagado de que forma se poderia conciliar o controle preventivo de constitucionalidade com a efetivação da justiça resolutiva pelo Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, foi analisado o instrumento da recomendação administrativa, seu conceito, efeitos jurídicos e demais discussões controversas na doutrina a seu respeito. Em seguida, foi desenvolvido o capítulo referente ao controle preventivo de constitucionalidade, como espécie de controle de constitucionalidade realizado antes da vigência da lei, podendo ser efetuado pelo Poder Legislativo, Poder Executivo e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário.

Tendo os capítulos anteriores como referencial teórico, adentrou-se propriamente no objeto de pesquisa, no capítulo 6 (seis). Foi realizada a junção entre os dois institutos anteriormente analisados: recomendação administrativa pelo Ministério Público e controle preventivo de constitucionalidade, observando-se que há compatibilidade entre os instrumentos.

Portanto, restou comprovado que, a partir do novo perfil constitucional, surge para o Ministério Público a possibilidade de utilização do instru-

mento da recomendação para uma nova função: provocar o controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei, para garantir maior eficiência e celeridade na proteção e defesa da ordem jurídica, evitando que a sociedade seja, posteriormente, prejudicada pela existência de uma lei inconstitucional, que demandará a indesejável ida ao Poder Judiciário em busca de soluções, quase sempre, a destempo.

Ante todo o exposto neste artigo, não há dúvidas quanto à possibilidade de utilização da recomendação ministerial para a provocação do controle preventivo de constitucionalidade, hipótese que é louvável e se configura em mais um importante mecanismo de atuação extrajudicial que poderá ser utilizado pelo Ministério Público para garantir a tão sonhada efetividade dos preceitos constitucionais.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (org.). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. In: GODINHO, Robson Renault; DA COSTA, Susana Henriques. (coordenadores). *Ministério Público*. Coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Brasil atinge marca de 100 milhões de processos em tramitação na justiça*. Notícia veiculada no site www.conjur.com.br. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 3 jan. 2016.

_____. *Constituição do Estado da Bahia*. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=73273>>. Acesso em: 3 jan. 2016.

_____. *Precisamos de órgão para fazer controle prévio de constitucionalidade das leis*. Notícia veiculada em www.conjur.com.br.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/entrevista-dirley-cunha-junior-juiz-federal-professor>>. Acesso em: 13 maio 2016.

_____. *Recomendação n.º. 50, de 08 de maio de 2014*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n50-08-05-2014-presidencia.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. *Resolução n.º. 118, de 1º de dezembro de 2014*. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cmp.gov.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. *Sociedade deve escolher se resolve seus litígios ou paga para a justiça resolvê-los*. Entrevista veiculada no site www.conjur.com.br. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-11/entrevista-jose-renato-nalini-presidente-tj-sp>>. Acesso em: 17 nov. 2015

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia: teoria e prática*. São Paulo: Direito, 1998, p. 96. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1046>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

GRECO, Frederico Costa. *A (in) efetividade do direito: quando o diálogo se torna mais importante do que a lei*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo* 7. ed. atualizada, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas*. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento de conduta e audiências públicas*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Gismália Marcelino. *Manual de normalização para apresentação de trabalhos acadêmicos*. 3. ed. Salvador: Unifacs, 2013.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves;

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (organizadores). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2013.

PARISE, Elaine Martins et al. O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Ano 1, set. 2005, p. 16-17. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

PASTORE, Délton Esteves. Ministério Público e cultura da sentença. In: GODINHO, Robson Renault; DA COSTA, Susana Henriques. (coordenadores). *Ministério Público*. Coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Código de processo civil: ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da legalidade e o Ministério Público constitucional. In: GODINHO, Robson Renault; DA COSTA, Susana Henriques. (coordenadores). *Ministério Público*. Coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: UMA BREVE ANÁLISE DA SUA EVOLUÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Ítalo Costa Dias

Promotor de Justiça do Estado do Pará

Resumo

O presente artigo aborda, de forma sintetizada, as regras e princípios norteadores da instituição Ministério Público Brasileiro, ao longo de sua evolução constitucional, trazendo a lume os dispositivos constitucionais expressos e implícitos das Constituições Federais Brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967-69 e 1988. O pujante crescimento institucional deste Órgão Ministerial na seara constitucional demonstra a relevância do fortalecimento ministerial diante da normatização em sede constitucional do Ministério Público, como alicerce primordial para sedimentação do Estado Democrático de Direito e as garantias e direitos individuais e coletivos fundamentais para o efetivo exercício da cidadania brasileira. Infere-se, ainda, que o Legislador Constituinte Originário, progressivamente, outorgou prerrogativas, vantagens, princípios e autonomia própria do Ministério Público e de seus membros, proporcionando o exercício adequado da função pública ministerial em defesa e proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos da sociedade. Neste compasso, o presente trabalho analisa, brevemente, os dispositivos normativos existentes nas Constituições Federais Brasileiras, no tocante ao *Parquet* Brasileiro e sua paulatina evolução constitucional e existencial no seio da própria sociedade brasileira.

Palavras-chave: Ministério Público brasileiro. Evolução legal das constituições federais. Princípio da autonomia. Prerrogativas e princípios. Estado democrático de direito.

Abstract

The present article discusses, in a synthesized form, the rules and principles guiding the Brazilian Public Prosecutors Office, along its constitutional developments, bringing to light the constitutional provisions expressed and implied in the Brazilian Federal Constitutions of 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967-69 and 1988. The vigorous growth in importance of this Ministerial institution in these constitutional codes demonstrates how our legal system has evolved through out the years, with standardization in its constitution of the Public Prosecutor as primary foundation for sedimentation of the Democratic State of Law and the guarantees of individual and collective fundamental rights to the effective exercise of Brazilian citizenship. It is inferred that the Originary Legislator progressively gave privileges, advantages, and provided the principles of autonomy to the Prosecutors Office and to its members, providing the proper exercise of the public ministerial function in the defense and protection of interests (diffuse, collective and individ-

ual) of the society. In this context, the present work of art analyzes briefly the normative devices existing in various Brazilian Federal Constitutions regarding the Brazilian Prosecutors Office and its gradual constitutional development and evolution of its existence within Brazilian civil society itself.

Key words: Brazilian prosecutor's office. Legal evolution of the federal constitution. the principal of autonomy. Privileges and advantages. Democratic state of law.

A priori, é forçoso salientar que este trabalho intelectual não tem o condão de esmiuçar e ou destrinchar a evolução legislativa e constitucional desta brilhante e pujante Instituição Ministerial, mas, sim, analisar modestamente a progressão constitucional paulatina do Ministério Público, frente às Constituições Federais Brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

A Carta Magna de 1824, denominada na época de Carta Imperial, fora publicada em 25 de março daquele ano e dispunha de regras e normativas compatíveis com as crenças e interesses do Imperador da Monarquia Brasileira, Dom Pedro I.

Assim, o presente diploma legislativo Imperial era composto de 179 artigos e, no seu título 6º, disciplinava o Poder Judicial, o qual era integrado por juízes e jurados, tanto na esfera cível quanto no criminal. Vejamos o artigo 15¹:

In verbis:

O Poder Judicial é independente, e será composto de Juízes e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem.

Em que pese a normativa constitucional outorgasse independência ao Poder Judicial, na prática a doutrina ilustra que os Juízes de Direito detinham poderes limitados pelo próprio Monarca, inclusive de demissão e aposentadoria compulsória.

Outra observação assaz importante, declinada pelos historiadores, é da total ausência legislativa sobre o Ministério Público, mas a menção do chamado Poder Moderador como instrumento supremo, inviolável, sagrado e intocável do Imperador, que podia realizar qualquer ato administrativo necessário e fundamental para velar-se pela Independência e harmonia dos Poderes Políticos.

¹NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001.

A título de exemplo da dependência do Poder Judiciário, Octaciano Nogueira² cita que

O mais notório dos casos de violação do preceito da vitaliciedade ocorreu durante o Ministério da Conciliação, presidido pelo Marquês de Paraná, entre 1853 e 1856, quando era Ministro da Justiça Nabuco de Araújo. O fato ficou conhecido na biografia de Joaquim Nabuco sobre seu pai, o Conselheiro Nabuco de Araújo, como o desembarque de Serinhaem, e consistiu na aposentadoria de dois e na transferência de um terceiro juiz da Relação Pernambuco, por terem, em julgamento da violação da lei que puniu e suspendeu o tráfico, em 1850, absolvido réus importantes da Província que o Governo entendia culpados por conivência e omissão num desembarque clandestino de africanos ocorridos em Serinhaem.

E ainda preleciona a importância da nossa primeira Carta Constitucional que

Uma série de circunstâncias, derivadas em grande parte do início do constitucionalismo moderno, contribuiu para que esse documento, ainda que outorgado, assumisse incontestável relevância em nossa história constitucional.

Em outra banda, a primeira Constituição Federal Brasileira que, de forma explícita e embrionária, previu a instituição do Ministério Público foi a Carta da República de 1891, publicada em 24 de fevereiro de 1891, tendo por influência a doutrina e democracia americana e trazida pelo então Ministro da Justiça, Rui Barbosa.

A Carta Constitucional Republicana estabeleceu, em seu artigo 58 § 2º, que, dentre os Ministros do Supremo, um dos integrantes seria designado pelo Presidente da República, entre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado, isto é, maiores de 35 anos, para exercer a função de Procurador-Geral da República.

Aliomar Baleeiro³ afirma, categoricamente, que

Diferentemente da Constituição dos Estados Unidos, os presidentes dos Tribunais eram eleitos por seus pares, e o Procurador-Geral da República seria designado pelo Presidente da República entre os Ministros do Supremo. Estes deveriam ser nomeados pelo Presidente da República dentre cidadãos de ‘notável saber e reputação, elegíveis para o Senado’. (Isto é, maiores de 35 anos).

²Ibidem. Nota 1.

³BALEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária—ESAF-MCT. 2001.

Ressalta-se que, na época, o médico Barata Ribeiro, integrante do Supremo Tribunal Federal, foi nomeado pelo então Presidente da República, Floriano Peixoto, a exercer a função de Procurador-Geral da República.

Segundo relatos dos historiadores da época, o Estado Brasileiro não vivia um bom momento pelo clima emocional da população brasileira e da Monarquia, haja vista a proximidade com a Lei da Abolição da Escravatura, publicada em 13 de maio de 1888, pela Princesa Isabel, em decorrência do caos no mercado de trabalho e o impacto urbano pela abolição da escravatura fora tremendo e impactante. Neste sentido, os republicanos eram minoria e encabeçados pelo Ministro da Justiça, Rui Barbosa e sua experiência com a República Americana.

Neste ponto, a introdução do embrião ministerial na Carta Constitucional da República de 1891 foi, sem dúvida nenhuma, um marco para o crescimento e aperfeiçoamento democrático da instituição ministerial pela sociedade e ainda pelo legislador infraconstitucional.

Já em 1º de novembro de 1932, o Governo de Getúlio Vargas, após intenso debate em torno da reorganização administrativa quanto à Nova República, em face da velha república, baixou o Decreto nº 22.040, regulamentando os trabalhos da Assembleia Constituinte, fixando o quórum de um terço de seus membros para instalação de reuniões e da maioria absoluta para deliberações.

Diante disto, a Comissão do Itamaraty elaborou o anteprojeto de reforma constitucional, com linhas revolucionárias e com muita influência da Constituição de Weimar, criando normativas inovadoras, como liberdade sindical, assistência aos pobres, o salário-mínimo, a unidade da Magistratura, o unicameralismo, a eleição indireta para Presidente da República, além da alteração do Ministério Público contra a velha república.

O anteprojeto⁴ previa a instituição do Ministério Público Federal e Estadual, em seu artigo 63. Vejamos:

Art. 63 - O Ministério Público será organizado, na União, por uma lei da Assembleia Nacional e, nos Estados, pelas respectivas Assembleias Legislativas:

§1º - O Ministério Público é o órgão da lei e da defesa social.

§2º - O chefe do Ministério Público Federal é o Procurador-Geral da República, podendo, porém, o Ministério da Justiça dar-lhe instruções e defender pessoalmente a união perante o Supremo Tribunal e terá os mesmos vencimentos; só perderá o cargo por sentença, ou mediante decreto fundamentado do Presidente da República, aprovado por dois

⁴Ibidem. Nota 3.

terços da Assembleia Nacional; e nos crimes de responsabilidade, será processado e julgado pelo Tribunal Especial.

§4º - Os membros do Ministério Público Federal só perderão os cargos por sentença ou decreto fundamentado do Presidente da República, precedendo proposta do Procurador-Geral e processo administrativo em que serão ouvidos.

§5º - Os membros do Ministério Público estadual, desde que sejam formados em Direito, terão asseguradas pelo Estado garantias análogas as que constam dos parágrafos anteriores.

Já a Carta Constitucional, publicada em 16 de julho de 1934⁵, previa, em seu artigo 95, a figura do *Parquet* Estadual e Federal, além de definir que o ingresso seria por meio de concurso.

In verbis:

Art. 95 §3º - Os membros do Ministério Público, criados por lei federal e que sirvam nos juízos comuns, serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa.

Em que pese a Constituição Federal de 1934 ter influência alienígena, trouxe elementos processuais e materiais inovadores com reflexo tanto no Poder Judiciário quanto no próprio Ministério Público, ao regulamentar situações jurídicas administrativas em oposição ao texto constitucional anterior de 1891.

No tocante ao Ministério Público, a nova ordem constitucional dispôs expressamente do *Parquet* Federal e Estadual, sedimentando a Federação Brasileira.

A doutrina informa que, na época, a Comissão presidida por João Mangabeira e Themistocles Cavalcanti defendia a federação e a unidade brasileira, como centro universal de direitos e deveres para o operador do direito e dos integrantes de organismos estatais.

Ronaldo Poletti,⁶ em seus comentários ao texto constitucional, ilustra que

Caberia a Mangabeira, mais uma vez, fazer a defesa do projeto. Sustenta que todo mundo jurídico do País, pelas suas instituições, se manifestava pela unidade, com exceção dos tribunais estaduais dos

⁵POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEEMCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001. v. III.

⁶Ibidem. Nota 5.

Estados fortes, São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Rui a defendera na campanha civilista e no programa do Partido Liberal. A lógica parece, de fato, indicar que a unidade da Magistratura decorre da unidade do Direito; em sentido contrário, apenas a dualidade do direito material, como nos Estados Unidos da América, justificaria a existência de uma Magistratura em cada Estado-Membro. Além de Rui, outros grandes nomes do Direito brasileiro defendiam a unidade, dentre eles, Clóvis Bevilacqua e João Monteiro.

Diferentemente da Constituição Federal de 1934, que teve influência da doutrina americana, a Constituição Federal de 1937 se pautou na Constituição Polonesa, denominada “polaca”, de 23 de abril de 1935.

A Constituição Federal de 1937, publicada em 10 de novembro daquele ano, consolidou os princípios do Estado Social e o efetivo fortalecimento do Poder Executivo.

As lições de Walter Costa Porto⁷ informam que

Essa Constituição, dirá Pontes de Miranda, não saiu só do Brasil, veio de outros sistemas, velhos e novos, e seria falsear-lhe os ditames querê-las separar do mundo e dos seus modelos que – a contrário do que sucedera a de 1891, mais americana – é algo de intermediário entre o norte-americano do século XVIII e o europeu de após guerra. Mas, já é menos norte-americana que a de 1934 e menos liberal que a Carta, a linhas retas, de 1891. (*In* Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937, Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti - Editores, 1938, p. 13-14.

Neste ponto, o artigo 99 da Constituição Federal de 1937, referido acima pela doutrina, previa a figura do Ministério Público Federal. Vejamos o dispositivo:

Art. 99. - O Ministério Público Federal terá por chefe o Procurador-Geral- da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e terá livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para ministro do Supremo Tribunal Federal.

A doutrina informa que o diploma constitucional de 37 não era fascista, mas fora outorgada em momento de crise universal e de autoridade,

⁷PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001.

em um momento de pós-guerra e do golpe de Estado, haja vista as grandes conotações populares e de desordens potenciais no seio da sociedade brasileira.

Francisco Campos, em entrevista ao *Correio da Manhã*, do Rio de Janeiro, em 3 de março de 1945, teceu as seguintes considerações sobre a Constituição Federal de 1937:

O Golpe de Estado de 1937 foi dado num momento de graves ansiedades e apreensões públicas. Foi-lhe dada por causa imediata, uma situação de profundas desordens potenciais. A sua finalidade não poderia ser tão somente a de proteger a ordem política e social do País, mas também a de realizar uma grande obra administrativa, procurando resolver alguns problemas da mais transcendental importância para o País. Dentro de pouco, porém, revelou-se que o golpe de Estado, ao invés de favorecer ou exaltar o dinamismo do Governo, contribuiu, ao contrário, para acentuar a sua adinamia e o seu hábito inveterado de preferir, sempre, e em todas as circunstâncias, as decisões, as dilatações.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1946⁸ estabeleceu uma continuidade normativa ao regulamentar em sede constitucional a pujante evolução institucional do Ministério Público Brasileiro, regrado, em seus artigos 125 a 128, princípios basilares da instituição ministerial e sua organização administrativa, estabelecendo um comando constitucional ao legislador infra, além de prever a figura estadual do órgão.

In verbis:

Art. 127. Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes faculte a ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

Art. 128. Nos Estados, o Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o princípio de promoção de entrância a entrância.

⁸ *Ibidem*. Nota 3.

Em linhas gerais, a Carta Magna de 1946 foi extremamente influenciada pela Constituição de 1891 e suas disposições alienígenas; destacam-se alguns princípios elencados neste diploma constitucional, como a existência de 218 artigos no texto central, além dos 36 artigos no Ato das Disposições Transitórias.

Ressalta-se, como situações jurídicas no texto constitucional, a existência de comissão parlamentar de inquérito, a composição do Tribunal de Contas como integrante do Poder Legislativo, a representação classista de órgão governamental, a exacerbação do presidencialismo, a debilidade do judiciarismo e multiplicidade de partidos políticos.

Aliomar Baleeiro⁹ preleciona, com maestria, o caráter do diploma constitucional:

Os defensores do presidencialismo, como Rui nas primeiras décadas da República, Levi Carneiro, João Mangabeira e outros muito esperaram do Supremo Tribunal que, segundo aqueles publicistas, teria sido, entretanto, um pouco tímido nas grandes crises em que foi chamado a intervir (exemplo, o sequestro do Presidente Café Filho, em 1955, em favor do qual o Presidente da Ordem dos Advogados, Jorge Fontenelle Dyott, pediu *habeas corpus* e mandado de segurança).

Infere-se que a Constituição de 1946, no tocante à Instituição Ministerial não trouxe grandes inovações conceituais, mas repisou a força dos preceitos definidores da primeira Carta da República. Aliás, enquanto o diploma constitucional anterior inseria o Ministério Público no título do Poder Judiciário, esta carta de 46 previu em seu título III, em apartado, a figura do Ministério Público. Posto isto, o constituinte reativou os preceitos constitucionais assentados pela carta constitucional de influência norte-americana.

Em outro momento, político, econômico e cultural, adveio a Constituição Federal de 1967, mantendo o Ministério Público em seção separada do Poder Judiciário e com regras inovadoras do ingresso por meio de concurso público de provas e títulos, descritos pelo artigo 95 §1º da presente carta constitucional.

Aliomar Baleeiro informa, em sua doutrina, que a Constituição Federal de 1967 era calvinista. Vejamos:

Um juízo geral sobre esta Constituição: a meu ver, é uma Constituição calvinista. Embora o povo seja católico, é uma Constituição para defender como alvo supremo o desejo de enriquecimento do povo, sob o rótulo de desenvolvimento econômico.

A reforma religiosa, o protestantismo, em parte, se inspirou num

⁹Ibidem. Nota 3.

desejo que tinha uma parte da população da Europa de liberta-se daquelas tremendas proibições dos concílios da Igreja – Niceia etc., que proibiam o juro, o lucro e previam que todo comércio devia isentar-se do espírito ávido de lucro grande.

Dentre outros, é a tese de Max Weber a propósito da ética protestante, que veio impulsionar esse enriquecimento. Esta Constituição é calvinista, é para enriquecer. A preocupação é de proteger o comércio e a indústria, mesmo que se sacrifique aquela coisa que é essencial de qualquer um, de qualquer povo, de qualquer civilização, de qualquer desenvolvimento-o homem. O homem, alvo precípua da Constituição de 1946. A de 1967 põe em primeiro plano a indústria, o comércio e o desenvolvimento econômico.

Extrai-se que a Carta de 67, publicada em 24 de janeiro, fortaleceu o Poder Executivo com a ampliação de iniciativa de leis, chamada delegação legislativa, emendas constitucionais, expedição de decretos -leis e outras tantas atribuições com o fito de centralizar o poder político e o federalismo perante a União.

No tocante ao Ministério Público, o arcabouço constitucional de 67 e de 69¹⁰ manteve os princípios, as garantias e deveres dos integrantes da instituição ministerial, em especial a disposição do artigo 96 *caput*, que outorgou aos Estados Membros a possibilidade de organização própria administrativa do órgão ministerial.

In verbis:

Art. 96. O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual.

Em 1988, foi editada a Carta Magna Cidadã, em 5 de outubro, sob a presidência da Assembleia Nacional Constituinte do então Deputado Federal Ulisses Guimarães, afirmando, em sua promulgação, que “A Constituição é, caracteristicamente, o estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia [...]”. Tem substância popular e cristã o título que a consagra: a Constituição Cidadã”.

Caio Tácito¹¹ leciona, afirmando que

A Constituição Brasileira de 1988 mantém e amplia a diretriz das Constituições anteriores, relativa aos direitos fundamentais, objeto de título próprio, que se desdobra em capítulos dedicados, sucessivamen-

¹⁰CAVALCANTI, Themistocles; DE BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001. v. VI – Via.

¹¹TÁCITO, Caio. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001.

te, aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, aos Direitos Sociais e aos Direitos Políticos.

Os direitos individuais e coletivos estão enunciados no art. 5º, em 77 incisos e em dois parágrafos. Em confronto com a Constituição anterior (a de 1967 emendada em 1969), qual a Declaração de Direito, correspondia a 36 parágrafos, teria havido aparentemente um alargamento de direitos fundamentais. Em verdade, os direitos e liberdades são praticamente os mesmos, com desdobramentos e particularismos que visam a coibir abusos de direito. De outra parte, diversas garantias e direitos que tradicionalmente figuram no direito comum passam a ter *status* constitucional.

Refletindo a reação contra a anterior experiência autoritária de governo, a Assembleia Constituinte traduz, em normas programáticas, o anseio de atendimento a aspirações populares de liberdade e de justiça social, segundo o movimento pendular próprio das fases de restauração democrática.

Entre os objetivos fundamentais da República (art. 3º), inscreve-se o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, devendo a lei punir atos atentatórios a esses valores.

In fine, cito a doutrina de Walter Costa Porto que menciona Getúlio Vargas quando da edição da Carta Brasileira de 37, enfatizando que

Quando acadêmico de Direito, em discurso de homenagem ao Conselheiro Afonso Pena, Francisco Campos utilizou-se de uma frase de Emerson: ‘Toda instituição é a sombra alongada de um homem’.

Desta feita, conclui-se que o constituinte originário de 88 contemplou o Ministério Público com comandos constitucionais inovadores e modernos, fortalecendo a instituição ministerial em sua atividade laboral e funcional dos membros do *Parquet*, e, por via de consequência, a própria sociedade brasileira foi contemplada com um Órgão Ministerial independente, postulando, em juízo e administrativamente, direitos e garantias assaz fundamentais ao cidadão.

Ademais, os representantes do *Parquet* hodiernamente exercem atribuições em vários segmentos da proteção dos hipossuficientes e dos

preceitos constitucionais assegurados a todos os brasileiros, como a saúde, preservação da probidade administrativa, direito a cidadania, proteção integral à infância e juventude, ao consumidor, meio ambiente adequado e outros tantos interesses transindividuais ou metaindividuais indisponíveis.

Hodiernamente, quanto ao Ministério Público Paraense, a Lei Complementar Nº 057, de 6 de julho de 2006, estabeleceu disposições gerais sobre a instituição ministerial, após incansáveis debates por integrantes e membros, sendo destaque a presença ilustre e saudosa da Promotora de Justiça da época, Dra. Maria da Graça Azevedo da Silva, a qual tem a nossa eterna admiração, respeito e carinho, quando da minha caminhada no concurso e posse aos quadros do Ministério Público Paraense.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001. V.II.

CAVALCANTI, Themistocles; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001. V. VI e VI-a.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001. v.I.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001. v.III.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001. v.IV.

TÁCITO, Caio. *Constituições brasileiras*. Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos-CEE-MCT Escola de Administração Fazendária – ESAF-MCT. 2001. v. IV.



1º Concurso de Fotografia MPPB e Cidadania
“Indignidade da infância nas ruas”
Isabel Cristina Silveira de Souza
2º Lugar Profissional
(Acervo do Arquivo do MPPB)

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA LEIS DE EFEITOS CONCRETOS: A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO CONTRA ATOS LEGISLATIVOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO

Bruno Leonardo Lins

Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

Resumo

O presente trabalho buscou analisar aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais acerca do ajuizamento de ação civil pública contra leis de efeitos concretos, porquanto seria mais uma forma democrática de controle judicial dos atos do Poder Legislativo, em especial, aqueles que causam danos ao Erário. Nosso ordenamento jurídico prevê diversas situações em que alguns atos administrativos devem ser travestidos de lei em sentido amplo, muito embora as normas criadas com tal desiderato não possuam as características da abstração, generalidade e impessoalidade. Ao contrário, são atos normativos com destinatários específicos, a exemplo de doações de bens públicos e aumento de subsídios de algumas carreiras. Em tais circunstâncias, havendo prejuízo ao patrimônio público em virtude da edição desta espécie de lei, faltaria um controle eficaz do ato perante o Poder Judiciário. Indica-se, para tal finalidade, o ajuizamento de ação civil pública pelos legitimados. Ocorre, no entanto, haver decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, inadmitindo a propositura da ação civil pública para questionar diretamente a constitucionalidade das leis, permitindo apenas o controle incidental de constitucionalidade. Nesse contexto, fez-se necessário realizar os esclarecimentos pertinentes durante a pesquisa, sustentando os motivos pelos quais a ação civil pública representa o meio processual mais adequado.

Palavras-chave: Lei. Dano. Estado. Controle judicial.

Abstract

The present article sought to analyze doctrinal, legal and jurisprudential aspects about the class action against the concrete effects law's, since it would be another democratic form of judicial control the Legislative acts, especially those that damage the Treasury. Our legal system provides for a number of situations in which certain administrative acts must be transposed into law in a broad sense, although the norms created with such desideratum do not have the characteristics of abstraction, generality and impersonality. Instead, they are normative acts with specific recipients such as donations of public goods and increase of subsidies of some careers. In such circumstances, with prejudice to the public patrimony due to the publication of this kind of law, effective control of the act before the Judiciary would be lacking. For this

purpose, the public civil action filed by the legitimated parties is indicated. However, there are decisions, including by the Federal Supreme Court, which precludes the filing of a public civil action to directly question the constitutionality of the laws, allowing only the incidental control of constitutionality. In this context, it was necessary to make the relevant clarifications during the research, supporting the reasons why the public civil action represents the most appropriate procedural means.

keyword: Law. Damage. State. Judicial review.

1 Introdução

O presente artigo busca analisar aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais acerca do ajuizamento de ação civil pública contra leis de efeitos concretos, porquanto seria mais uma forma democrática de controle judicial dos atos do Poder Legislativo, em especial, aqueles que causam danos ao Erário.

Nosso ordenamento jurídico prevê diversas situações em que alguns atos administrativos devem ser travestidos de lei em sentido amplo, muito embora as normas criadas com tal desiderato não possuam as características da abstração, generalidade e impessoalidade comuns aos atos normativos em tese. Ao contrário, são atos legislativos com destinatários específicos ou delimitáveis a exemplo de doações de bens públicos e aumento de subsídios de algumas carreiras.

Em tais circunstâncias, havendo prejuízo ao patrimônio público em virtude da edição desta espécie de lei, faltaria um controle eficaz do ato perante o Poder Judiciário, eis que restaria, apenas em tese, o cabimento de controle de constitucionalidade abstrato, meio este pertinente apenas para questionar os aspectos constitucionais da norma.

Ocorre, no entanto, haver decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, inadmitindo a propositura da ação civil pública para questionar diretamente a constitucionalidade das leis, permitindo apenas o controle incidental de constitucionalidade.

Diante da situação apresentada, conclui-se haver dúvida doutrinária e jurisprudencial – ou no mínimo, a ausência de um entendimento consolidado – acerca da possibilidade de a ação civil pública ser proposta para combater lei de efeito concreto. Por outro lado, existem decisões judiciais esparsas permitindo que a referida ação coletiva seja manejada com tal finalidade. Cumpre, portanto, indagar acerca de a ação civil pública ser proposta contra leis de efeitos concretos, sendo mais uma via democrática de controle da Administração Pública.

Ora, a discricionariedade com que o Poder Legislativo elabora leis de efeitos concretos que causam ônus ao Erário não pode ser ilimitada, motivo pelo qual à sociedade devem ser conferidos meios eficazes de questionar a legalidade e legitimidade do ato.

Com os últimos acontecimentos divulgados por toda a mídia a respeito da forma como o Poder Executivo obtém o apoio do Legislativo – oferecimento de cargos públicos em troca de adesão a determinado projeto político –, além dos casos de corrupção em que grandes empresas são beneficiadas por ambas as funções estatais em troca de “financiamento” de campanhas políticas – muito embora, com as alterações legislativas recentes, se tenha pretendido o fim do financiamento privado de campanha –, foi possível observar haver inequivocamente uma cultura que desvirtua o sistema de pesos e contrapesos idealizado pelo princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República e erigido ao patamar de cláusula pétreia no art. 60, § 4º, III, do mesmo diploma.

Como dito, pelo que vem sendo relatado pela imprensa e descortinado por investigações, em inúmeras oportunidades se constatou que pessoas físicas e jurídicas foram beneficiadas por atos normativos cujo processo legislativo recebeu forte influência de fatores não republicanos, a exemplo de patrocínio de campanhas e nomeações para cargos públicos. Setores da Administração Pública direta e indireta foram concedidos a determinados grupos políticos a fim de obter apoio em votações importantes no Congresso Nacional. Neste contexto, inegável que a essência do processo legislativo está sendo viciada por razões antidemocráticas, vindo a causar enorme prejuízo à coisa pública diante do desvirtuamento do sistema de pesos e contrapesos, este cujo conceito é trazido e consagrado pela doutrina¹.

Eis, portanto, o contexto histórico e social que ensejou a escolha do tema do presente trabalho, aliado ao fato de que, como dito alhures, alguns atos administrativos recebem a roupagem de lei *latu sensu*, malgrado não apresentem a generalidade, abstração e impessoalidade, características que deveriam ser ínsitas às normas provenientes do parlamento.

2 Da ação civil pública

2.1 Conceito

Como se sabe, a ação civil pública fora trazida ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 7.347/85, portanto antes mesmo do advento da Constituição da República de 1988.

¹DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 1991.

Cuida-se de instituto com inspiração na *class actions* do direito norte-americano, por meio do qual se pretende tutelar direitos cuja titularidade é ampla (direitos difusos e coletivos em sentido estrito) ou, em razão das peculiaridades do caso, abrangerem, de maneira idêntica, vários titulares (direitos individuais homogêneos).

Ora, a vida moderna trouxe consigo a ampliação das relações jurídicas, tornando-as cada vez mais públicas ou mesmo multiplicando as que possuem uma índole privada, como o relacionamento entre consumidores e grandes empresas fornecedoras de produtos ou prestadoras de serviços.

Some-se a isso a chamada terceira geração dos direitos fundamentais, que se notabiliza pelo fato de a sua titularidade ser difusa ou coletiva, eis que instituído não para a defesa individual do cidadão, de maneira isolada, mas sim da coletividade, dos grupos mais diversos, como o direito ao meio ambiente hígido e à conservação do patrimônio histórico e cultural².

Nesse contexto, as demandas individuais vinham se mostrando ineficazes na defesa de direitos em que todos os cidadãos são titulares, a exemplo dos que foram citados nas linhas acima.

Por outro lado, também exemplificando, a reiteração de contratos de adesão na esfera consumerista, na qual ocorrem prejuízos a diversos clientes, o que ensejaria a propositura de inúmeros processos individuais, traz em si parcela de incerteza jurídica, uma vez que órgãos do Poder Judiciário, não raramente, julgam de maneira distinta as ações repetitivas, o que se mostra prejudicial ao sistema judicial.

Tais peculiaridades tão atuais em nossa sociedade reclamavam uma tutela mais efetiva, permitindo a defesa dos interesses coletivos em sentido amplo com maior celeridade. Dessa forma, ocorreu, em todas as sociedades ocidentais, uma busca e disciplinamento de demandas coletivas que pudessem atender aos interesses da população em geral, porquanto o anterior sistema sozinho não trazia a resposta necessárias aos anseios das populações.

Assim, foi trazida ao ordenamento pátrio a ação civil pública que se trata de espécie de ação coletiva ao lado da ação popular (Lei n. 4.717/65), do mandado de segurança coletivo (Lei n. 12.016/09 e art. 5º, LXX, da CF), do mandado de injunção coletivo (Lei n. 13.300/16 e art. 5º, LXXI, da CF) e da ação de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92) – não se pretende exaurir o elenco de espécies de ações coletivas, máxime por não haver consenso na doutrina acerca do tema, porquanto alguns entendem inexistir um rol taxativo, não sendo o debate deste ponto o objetivo do presente artigo.

²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 234.

Malgrado a Lei n. 7.347/85 traga as hipóteses de cabimento da ação civil pública, com o desenvolvimento do instituto se entendeu inexistir de fato uma taxatividade das situações que ensejariam o seu manejo. Com o Código de Defesa do Consumidor e a Carta Magna de 1988, houve uma ampliação do sistema das demandas coletivas, de sorte que elas – o que inclui por óbvio a ACP – podem ser veiculadas para a defesa e tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, de modo que o antigo elenco da LACP passou a ser reconhecido como meramente exemplificativo, graças, em especial, aos arts. 129, III, da Constituição da República, e 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Pois bem, as inovações legislativas ampliaram sobremaneira a possibilidade de manejo da ACP, não estando restrita às situações da LACP³. Dessa forma, mostra-se possível e pertinente ajuizar ação civil pública em prol dos direitos coletivos em sentido amplo, que se dividem em direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos.

Outrossim, insta destacar que o parágrafo único do art. 1º da LACP impede a utilização da ação civil pública “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Embora a matéria acima referida possa ser considerada direito individual homogêneo, a própria norma veda-a claramente, numa inegável defesa dos interesses fiscais da Fazenda Pública.

2.2 Direitos coletivos em sentido amplo

De acordo com o art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Interpretando o conceito legal, cumpre esclarecer que a indivisibilidade da natureza dos direitos difusos significa que eles só podem ser considerados como um todo, ou seja, impossíveis de serem fracionados. A seu turno, os titulares são indetermináveis, porquanto a titularidade cabe a toda coletividade, podendo citar o exemplo da preservação da moralidade administrativa.

Por sua vez, de acordo com o inciso II do mesmo dispositivo, são “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código,

³MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

A principal distinção entre os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito é que nestes a titularidade recai sobre pessoas indeterminadas inicialmente, mas que podem ser reconhecidas uma vez que compõe um grupo, categoria ou classe de pessoas, possuindo uma ligação oriunda de uma “relação jurídica base”. Acerca de tal espécie é possível citar como exemplo a qualidade do serviço telefonia, cujos titulares são os consumidores da respectiva empresa, sendo indivisível a natureza do direito.

Em terceiro lugar, são considerados “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”, de sorte ser possível sua divisão entre os titulares, que são determinados ou determináveis, inclusive permitindo o ajuizamento de causas individuais.

2.3 Da legitimidade ativa

Inicialmente, a Lei da Ação Civil Pública previa como legitimados: a) o Ministério Público; b) a União; c) os Estados; d) os Municípios; e) autarquias; f) empresas públicas; g) sociedades de economia mista; h) fundações e; i) associações.

Com o passar dos anos, houve a ampliação dos legitimados para a propositura de ACP, sendo incluída a Defensoria Pública.

A inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados trouxe questionamentos jurídicos, em especial no tocante aos limites desta atuação. Havia dúvida, inicialmente, sobre a constitucionalidade do dispositivo, pois alegava-se uma interferência nas atribuições do Ministério Público.

Além disso, havia dúvida se a Defensoria poderia ingressar com ACP de maneira ampla, tal qual o Ministério Público, ou estava restrita apenas nos casos em que os direitos coletivos em sentido amplo tinham como titulares os “necessitados” a que se refere o art. 134 da Constituição da República.

Dirimindo tais questionamentos, o Supremo Tribunal Federal, em dois julgamentos distintos, equalizou a matéria. De início, a Suprema Corte julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3943/DF, onde se questionava a constitucionalidade do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/85, com a redação dada pela Lei n. 11.448/07, de modo que, por unanimidade, definiu que a inclusão da Defensoria no rol de legitimados não ofende a Carta Magna, tampouco limita ou interfere nas atribuições do órgão ministerial.

Posteriormente, ao decidir o Recurso Extraordinário n. 733433/MG, também à unanimidade, o mesmo Tribunal definiu que a

Defensoria somente poderia se valer de ação civil pública em defesa de necessitados, coadunando sua atuação à finalidade que fora destacada pelo constituinte.

Portanto, fechando questão, o Supremo Tribunal Federal, em julgamentos unânimes, reconheceu a legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ACP, desde que tenha a finalidade de proteger pessoas hipossuficientes, o que, pode-se dizer, aproxima-se do que se entende por pertinência temática.

Assim, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, entendemos que deve haver alguma correlação entre os legitimados e o direito que se busca tutelar, o que parte da doutrina trata como sendo a “representatividade adequada”. Não seria aceitável, por exemplo, que a Defensoria Pública, defendesse direitos individuais homogêneos de consumidores que adquiriram carros de luxo e foram lesados de alguma forma, uma vez que não é esta a parcela da sociedade que necessita ser amparada por instituição tão importante para reduzir desigualdades sociais que possam se apresentar na seara do Poder Judiciário.

Da mesma forma, nem todo órgão a que a Lei da Ação Civil Pública atribui legitimação para a propositura da ACP se mostra o mais indicado para a defesa de determinados direitos coletivos.

Cumpra indagar, a título de exemplo, qual a relação que uma autarquia previdenciária possuiria com consumidores que foram lesados em seus contratos de telefonia móvel. Ainda, teria o Estado do Amazonas interesse no dano ambiental causado no Rio Grande do Sul que não o prejudica de maneira alguma?

Por outro lado, seria importante que a autarquia previdenciária pudesse se valer da ACP em defesa dos consumidores inativos que realizam empréstimos consignados com instituições financeiras e, de algum modo, a relação de consumo se mostrasse viciada por abusividade na conduta do fornecedor ou no contrato de adesão.

Na mesma linha, acaso demonstrado que o dano ambiental no Rio Grande do Sul interferisse no ecossistema do Amazonas, este Ente Federativo poderia fazer uso da ação civil pública em defesa de seu próprio meio ambiente.

Tais situações não de ser enfrentadas casuisticamente, eis que não se podem fechar as portas do legitimado de maneira prévia. Faz-se imprescindível a prudência do Poder Judiciário ao analisar cada caso, havendo verdadeiro controle jurisdicional da legitimação coletiva. O referido controle judicial da legitimidade para a propositura de ACP advém do princípio do *due process of law*, preceito este aplicável, evidentemente, à tutela coletiva, de acordo com a

doutrina mais abalizada⁴. Da mesma forma, tal entendimento relacionado à pertinência temática vem sendo consagrado na jurisprudência⁵.

Desse modo, conclui-se não bastar a previsão legal acerca da legitimidade ativa para o ajuizamento da ACP. Deverá existir, também, uma correlação entre o legitimado e o direito coletivo em sentido amplo que se busca tutelar por meio da demanda coletiva.

Da mesma forma, apesar de o Ministério Público possuir legitimidade para defender interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, no tocante a este último, nem sempre será possível sua intervenção, eis que, em se tratando direito individual homogêneo disponível e sem relevância social, fica afastada a legitimidade do *Parquet*.

Pois bem, a legitimidade do Ministério Público só surge se houver a indisponibilidade ou a relevância social do direito individual homogêneo a ser protegido⁶.

Assim, para a atuação ministerial, em se cuidando de interesses individuais homogêneos disponíveis, faz-se mister a presença da relevância social, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷.

Em conclusão, tal como se dá com os demais legitimados, nem sempre poderá o Ministério Público propor ACP, devendo respeitar determinados limite que, inclusive, são impostos pela Constituição da República.

2.4 Do microsistema processual coletivo

Situação que traz dificuldades na defesa dos direitos coletivos em juízo é a ausência de uma codificação que preveja, de maneira unificada, todos os institutos processuais que possam ser utilizados nas ações coletivas existentes em nosso ordenamento jurídico. Em verdade, trata-se de um reclame de vários doutrinadores e profissionais da área de que haja uma sistematização do processo coletivo, eis que atualmente várias são as leis que disciplinam as espécies de ações coletivas.

Assim, o chamado “Microsistema Processual Coletivo”, onde a ação civil pública se encontra inserida, utiliza diversas normas em conjunto para

⁴DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodiym, 2017.

⁵AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1150424/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 24/11/2015.

⁶Ibidem. Nota 4.

⁷REsp 945.785/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013.

regular as ações coletivas, a saber, Constituição da República, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09), Lei do Mandado de Injunção (Lei n. 13.300/16), Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) e Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15).

Pois bem, para a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, as ações coletivas serão propostas, processadas e julgadas de acordo com as referidas normas – ressaltando que as leis citadas não esgotam todos os diplomas aplicáveis, servindo apenas de norte como os principais preceitos normativos a serem utilizados – no que a doutrina chama de diálogo das fontes, uma vez que o microsistema do processo coletivo é descodificado, ou seja, não possui uma lei única tratando de seus aspectos de maneira específica.

Por conseguinte, de acordo com o diálogo das fontes, as leis que integram o microsistema devem ser analisadas e aplicadas em conjunto, afastando possíveis lacunas com a interpretação analógica dos diplomas, conforme posicionamento do STJ⁸.

Portanto, na prática forense do processo coletivo devem ser analisadas as mais diversas normas de maneira conjunta, havendo o chamado diálogo das fontes, a fim de manter hígido o microsistema processual da ação coletiva.

2.5 Do controle de constitucionalidade nas ações civis públicas

Há peculiar discussão no controle de constitucionalidade concreto a ser realizado em sede de ação civil pública, que merece apontamento e esclarecimento específicos. Como é cediço, dentre as classificações utilizadas acerca do controle de constitucionalidade há aquela que divide em difuso e concentrado.

No controle concentrado, há a impugnação direta da norma supostamente contrária à ordem constitucional, “concentrando” o julgamento em um único tribunal, podendo ser verificado em nosso ordenamento através de cinco demandas distintas, a saber: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica, com previsão no art. 102, I, “a”, da CF/88; b) ação declaratória de constitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a”, da CF/88; c) arguição de descumprimento de preceito fundamental, a que se refere o art. 102, § 1º, da

⁸REsp 1473846/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017.

Constituição Federal; d) ação direta de inconstitucionalidade interventiva, com fundamento no art. 36, III, da CF e; e) ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da Magna Carta.

Em tal situação, o objeto da demanda é destinado a combater determinada norma em tese que se mostra incompatível com o sistema constitucional. O julgamento, realizado por órgão específico do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal –, em se tratando de normas federais e estaduais que contrariam a Constituição da República e Tribunais Estaduais quando o parâmetro for a Constituição Estadual –, terá eficácia *erga omnes*, ou seja, produzirá seus efeitos para além das partes envolvidas na demanda do controle de constitucionalidade.

A seu turno, pelo controle difuso, também chamado de incidental, concreto ou pela via de exceção ou defesa – que encontra sua origem histórica no famoso caso *Marbury x Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos –, todo órgão do Poder Judiciário poderá fazer a análise da constitucionalidade de determinada lei que, na demanda proposta, representa questão anterior ao mérito e, para o julgamento deste, necessita ser enfrentada a fim de reconhecer a existência ou inexistência da relação jurídica.

No controle difuso, ao contrário do concentrado, a finalidade da parte não é o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em tese, mas apenas ver sua pretensão – distinta da declaração de inconstitucionalidade – atendida pelo Poder Judiciário que, no julgamento do pleito, necessitará analisar a conformidade do dispositivo legal à Constituição da República, por ser questão antecedente ao próprio mérito.

Tais decisões possuem, em regra, eficácia *inter parte*, muito embora, em alguns casos específicos, a Suprema Corte brasileira tenha concedido efeito *erga omnes* ao julgamento, o que representa, repita-se, uma exceção.

Outrossim, classificação deveras importante a ser tratada no tocante aos sistemas de controle de constitucionalidade é aquela que os divide em concreto e abstrato.

O controle concreto, também chamado de incidental ou pela via de exceção, possui paralelo com o controle difuso, eis que aquele ocorrerá sempre com a finalidade de questionar a legitimidade da norma em hipótese cujo objeto da ação é distinto da declaração de inconstitucionalidade, sendo esta questão prejudicial à análise do mérito do pedido da demanda. Todos os órgãos judiciais podem fazer a análise da constitucionalidade, tal como ocorre no controle difuso, diferenciando-se as situações em razão de que neste o foco é o órgão competente para a análise da inconstitucionalidade e naqueloutro o parâmetro seria a causa de pedir da ação.

Por sua vez, no sistema abstrato, denominado igualmente como via principal ou de ação, assemelha-se com o sistema concentrado, embora com

parâmetros distintos. No primeiro, o objetivo da demanda é a declaração de inconstitucionalidade da norma, que geralmente recai sobre a competência de um único órgão jurisdicional, havendo neste ponto a correlação com o segundo.

Há, porém, questionamentos oriundos da eficácia da sentença nas ações coletivas que geram efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme previsão do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Em situação oposta às demandas individuais, cuja decisão produzirá efeitos para as partes envolvidas, em se tratando de ação coletiva e, por óbvio, de ACP, a eficácia do julgamento se irradiará para além dos litigantes, beneficiando ou prejudicando terceiros que não integraram a lide.

Tal peculiaridade gera debate no que concerne à possibilidade do controle de constitucionalidade difuso no processo coletivo, eis que poderia tal análise influenciar na esfera jurídica de pessoas diversas que não puderam ou não foi oportunizado participar do debate em juízo de modo que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, decidida incidentalmente numa demanda coletiva, traria consequências a toda sociedade.

Neste contexto, vozes foram levantadas na doutrina, negando a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade no processo coletivo, como se verifica no entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁹.

No entanto, ousamos discordar do entendimento esposado, uma vez que, no julgamento do pedido de uma ação civil pública, não serão as questões decididas incidentalmente que integrarão a coisa julgada com efeito *erga omnes*, de modo que não haverá uma violação aos sistemas concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade.

Ora, desde que não esteja sendo utilizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, não sendo o seu objetivo a declaração de que determinada norma viola a Constituição Federal, não haverá empecilho de se realizar o controle difuso em sede de ação civil pública, posição esta que já foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰.

Dessa forma, de acordo com o entendimento atual e até dominante, conclui-se não haver óbice à relação de controle difuso de constitucionalidade em sede de ACP, uma vez que, repita-se, os efeitos *erga omnes* ou *ultra parte* da coisa julgada, referidos no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor estarão restritos ao mérito da ação, não abrangendo a parte relativa à declaração de inconstitucionalidade.

⁹ Ibidem. Nota 2.

¹⁰ RE 910570 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO/DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017.

Em suma, a resolução da questão acerca de determinada norma ser contrária à ordem constitucional, que pode ser suscitada através do incidente de arguição de inconstitucionalidade, conforme previsto nos artigos 948 e seguintes do Código de Processo Civil, não ficará submetida à coisa julgada *erga omnes*, malgrado se trate de prejudicial incidental. Ora, o tribunal, tampouco o juiz de primeiro grau, tem competência julgar a matéria como questão principal, segundo prevê o art. 503, §1º, III, do Código de Processo Civil. Assim, inexistente o receio de o controle de constitucionalidade difuso e concreto, em sede de ação civil pública, produzir efeitos para além da demanda coletiva onde fora suscitado.

3 Das leis de efeitos concretos

3.1 Conceito

Como dito desde a introdução, malgrado as leis em regra possuam características da abstração, generalidade e impessoalidade, nosso ordenamento jurídico prevê diversas situações em que alguns atos administrativos devem ser travestidos de lei em sentido amplo, muito embora sejam atos normativos com destinatários específicos, são dirigidas e determinada finalidade que se concretiza simplesmente com sua sanção, independentemente de outra conduta estatal.

Assim, cumpre diferenciar a chamada *lex* “em tese” daquela de “efeitos concretos”. A primeira, repita-se, é abstrata, genérica e impessoal, enquanto que a segunda traz em seu teor determinado resultado específico que pretende – seja uma doação, a criação de municípios ou a elevação da remuneração de determinada carreira –, não possuindo qualquer normatividade.

Em verdade, leis de efeitos concretos nada têm de normatividade, são atos administrativos revestidos impropriamente da forma de legislação por exigências administrativas e legais. Elas não apresentam regra abstrata de conduta, tendo impactos concretos e imediatos na ordem jurídica.

Inclusive, diante da concretude, as leis de efeitos concretos são passíveis de impugnação via mandado de segurança e ação popular¹¹.

Em suma, atos normativos de efeitos concretos possuem a essência de ato administrativo, embora formalmente sejam leis, passando por todo o processo legislativo, por reclame do ordenamento vigente.

3.2 Do controle de constitucionalidade das leis de efeitos concretos

Assim como mencionado no tópico relativo ao controle de constitucionalidade incidental em sede de ação civil pública, mostra-se igualmente

¹¹Ibidem, p.203. Nota 3.

divergente o controle abstrato de leis de efeito concreto. A discussão concentra-se em virtude de tais atos normativos possuírem características distintas das leis em tese, aproximando-se de verdadeiros atos administrativos.

De acordo com a jurisprudência amplamente dominante do Supremo Tribunal Federal, *lex* de efeitos concretos não pode ser objeto do controle de constitucionalidade pela via principal, uma vez que os atos estatais sem a característica da generalidade não se prestariam ao controle abstrato, eis que a Carta Magna teria elegido como objeto desse processo apenas os atos tipicamente normativos, que são aqueles que detêm uma parcela, ainda que mínima, de generalidade e abstração¹².

Fica evidenciado o entendimento da Corte Suprema, afastando do controle abstrato de atos normativos de efeitos concretos, por não serem estes *lex* em sentido estrito ante a ausência das características que são peculiares. No mesmo sentido, podemos citar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 298013 e 1937¹⁴, bem como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 656160¹⁵.

Entretanto, cumpre destacar o entendimento contrário, já firmado em decisão isolada do próprio STF, bem como em lições doutrinárias. Na Medida

¹² ADI 4040, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-125 DIVULG 28-06-2013 PUBLIC 01-07-2013.

¹³ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei federal nº 9.688/98. Servidor público. Cargo de censor federal. Extinção. Enquadramento dos ocupantes em cargos doutras carreiras. Norma de caráter ou efeito concreto exaurido. Impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade. Pedido não conhecido. Votos vencidos. Lei ou norma de caráter ou efeito concreto já exaurido não pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, em ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 2980, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJE-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-01 PP-00183 RTJ VOL-00212-01 PP-00029).

¹⁴ EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: inviabilidade: ato normativo de efeitos concretos. 1. O Decreto Legislativo 121/98, da Assembleia Legislativa do Estado do Piauí, impugnado, impõe a reintegração de servidores, que teriam aderido ao Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário do Servidor Público Estadual (L. est. 4.865/96). 2. O edito questionado, que, a pretexto de sustá-los, anula atos administrativos concretos - quais os que atingiram os servidores nominalmente relacionados - não é um ato normativo, mas ato que, não obstante de alcance plural, é tão concreto quanto aqueles que susta ou torna sem efeito. 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. 4. Precedentes (vg. ADIn 767, Rezek, de 26.8.92, RTJ 146/483; ADIn 842, Celso, DJ 14.05.93). (ADI 1937 MC-QQ, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJE-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-02 PP-00332).

¹⁵ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO DE CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. IMPUGNAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ESTADUAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PARÂMETRO: CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 656160 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014).

Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.048¹⁶, por cinco votos a três, fora deferida liminar para suspender a vigência da Lei n. 11.658/2008, que abria “crédito extraordinário, em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, no valor global de R\$ 5.455.677.660,00, para os fins que especifica”, ou seja, norma tipicamente de efeitos concretos.

Ressalte-se, contudo, tratar-se de decisão isolada, por maioria de votos em sessão em que três Ministros estavam ausentes. Demais disso, não houve a análise do mérito, sendo uma manifestação na medida cautelar. Como se não bastasse, conforme precedentes acima citados, posteriormente ao julgamento da Medida Cautelar da ADI 4048 o mesmo STF retomou entendimento primitivo, não permitindo com controle abstrato de normas de efeitos concretos.

Na obra compartilhada com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que foi o relator da ADI 4048, contesta o posicionamento do STF impedindo o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade contra leis de

¹⁶EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. (ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232).

¹⁷Ibidem. Nota 2

efeitos concretos¹⁷. Todavia, novamente, ousamos discordar da posição dos referidos doutrinadores, acostando-nos ao pensamento consolidado do Supremo Tribunal Federal. Ora, os atos legislativos de efeitos concretos carecem de densidade normativa em seu conteúdo, o que impede examiná-los como lei em sentido estrito, sendo, portanto, objeto inidôneo ao controle pela via de ação.

Como se não bastasse, o maior receio indicado pelos doutrinadores quanto ao entendimento da Suprema Corte seria a impossibilidade de controlar a atividade estatal em hipóteses de leis de efeitos concretos. No entanto, como dito anteriormente, prevalece já na doutrina que tais atos legislativos podem ser impugnados por meio de mandado de segurança e ação popular.

4 Da impugnação das leis de efeitos concretos por meio de ação civil pública

4.1 Considerações iniciais

Realizada a contextualização do problema, cumpre doravante demonstrar o cabimento da ação civil pública para fins de combater dano patrimonial ao erário causado pelas leis de efeitos concretos.

Embora se pudesse questionar o motivo de ampliar o leque de ações constitucionais passíveis de impugnar tal espécie legislativa, há de se esclarecerem as vantagens do manejo da ação civil pública para tal desiderato.

Ora, como se sabe, na ação popular o legitimado é pessoa física, ou seja, eleitor, o que retiraria a legitimação de diversos órgãos públicos para rechaçar uma lei de efeito concreto. Assim, Ministério Público, Entes Federativos, associações e demais legitimados da ACP não poderiam questionar judicialmente a referida *lex*.

Igualmente, o mandado de segurança exigiria a violação a direito líquido e certo, que é entendido como aquele que se apresenta com todos os elementos para o seu reconhecimento e exercício desde a propositura da ação mandamental.

Em se tratando de mandado de segurança individual, o titular do direito líquido e certo é pessoa certa e determinada que, ao ser prejudicada por ato ilegal ou abusivo cometido por autoridade pública, maneja o *writ* para fins de restabelecer a legalidade.

Já no mandado de segurança coletivo, protege-se direito líquido e certo individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito, conforme prevê

o art. 21 da Lei n. 12.016/09¹⁸, afastando a impetração para a defesa de direitos difusos.

Além disso, órgãos públicos não podem se valer do mandado de segurança coletivo, porquanto a Constituição Federal¹⁹ e a Lei do Mandado de Segurança²⁰ legitimam apenas partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organizações de classe a impetrar o *writ*.

Assim, mostra-se inviável a defesa do patrimônio público por meio de tais espécies de ações coletivas, seja em relação ao mandado de segurança coletivo por se cuidar de direito difuso, incompatível com as espécies de direitos líquidos e certos amparados pela ação mandamental, seja pelo fato de a ação popular caber ao eleitor, o que afastaria a legitimação de órgãos públicos.

Nesse contexto, restaria aos órgãos públicos combater, na jurisdição ordinária, as leis de efeitos concretos que causam prejuízo à Fazenda Pública por meio de ação civil pública, diante da natureza do direito envolvido e da previsão na Lei da Ação Civil Pública de que tal instituto se presta à defesa do Erário (art. 1º, VIII, da LACP).

Outrossim, como fora explanado, normas de efeitos concretos não se prestam ao controle de constitucionalidade abstrato, o que poderia causar uma atividade sem controle do Poder Legislativo, caso não fosse possível o aforamento de ação civil pública para a defesa de direitos difusos violados pela *lex* de efeitos concretos.

¹⁸ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

¹⁹ Art. 5º (...) LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

²⁰ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

4.1.1 Do dano ao patrimônio público

Em tópico anterior, foram indicadas algumas espécies de leis de efeitos concretos, repetindo-se não se tratar de elenco exaustivo. Algumas destas normas, além de criar despesas, podem eventualmente causar prejuízo ao Erário ou até mesmo serem editadas em desconformidade com o ordenamento jurídico, o que ensejaria o controle pela jurisdição ordinária, uma vez que o entendimento do STF veda a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos legislativos desta natureza.

De acordo com parcela da doutrina, o patrimônio público, em um sentido amplo, representa o acervo de bens e direitos que possuem valoração econômica, histórica, estética, turística, artística ou arqueológica, bem como de caráter ambiental. Neste conceito abrangente de patrimônio público, o Erário seria um elemento, eis que se refere apenas ao patrimônio material do Estado²¹. No entanto, para fins deste trabalho, utilizaremos a acepção de patrimônio público em sentido estrito, ou seja, como o conjunto de bens que pertencem à Fazenda Pública.

Pois bem, a defesa do patrimônio público cabe tanto ao cidadão, por meio de ação popular, quanto a Entidade Federativa titular do direito e aos demais legitimados para a propositura de ação civil pública, conforme anotado em linhas anteriores, estando o Ministério Público entre os órgãos com atribuição para a proteção, uma vez que se trata de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”²².

Antes do advento da Lei n. 13.004/2014, que acrescentou o inciso VIII ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, incluindo os danos causados ao patrimônio público como objeto da ACP, havia divergência quanto à possibilidade da defesa do Erário por meio de tal instituto processual²³.

Em período passado, prevalecia o entendimento de que a ação civil pública não se prestaria à defesa do acerca patrimonial do Estado. Contudo, retomando o tema do microsistema processual coletivo, realizando o diálogo das fontes e independente da mudança realizada na ACP com a Lei n.

²¹MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²²Art. 127 da CF/88.

²³Ibidem. Nota 3.

13.004/14, o art. 1º da Lei da Ação Popular²⁴ já previa que tal espécie de demanda poderia ser proposta contra atos lesivos à Fazenda Pública. Demais disso, também antes do advento da Lei n. 13.004/14, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 329, consagrando o posicionamento de que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

Por conseguinte, a proteção do patrimônio público, desde que apresente um interesse social, sendo reconhecido como a defesa da sociedade, titular do direito difuso à moralidade administrativa, não tendo relação com direito individual da pessoa jurídica de direito público, pode ser realizada através da ação civil pública, tanto por encontrar previsão na própria LACP, quanto na Lei n. 4.717/65.

Seguindo adiante, cumpre analisar qual espécie de prejuízo ou dano ao patrimônio público permitira o ajuizamento de ACP. Isto em razão de que nem todo prejuízo sofrido pela Administração Pública dever dar azo ao manejo de ação civil pública, sob pena de desvirtuar a defesa dos direitos difusos e o manuseio das demandas coletivas. Não se mostraria razoável lançar mão de processo coletivo com a finalidade pura e simples de ressarcir a Fazenda Pública por uma avaria causada a um veículo público em virtude de acidente de trânsito. Assim, não é todo e qualquer prejuízo causado ao Erário por ato ilícito que permitiria a propositura de ACP.

Igualmente, há situações em que, mesmo que não haja um decréscimo econômico, o patrimônio público acaba sendo lesado diante da ilegalidade do ato, como é o exemplo de ato da Administração Pública que contrata irregularmente determinado servidor, sem prévia aprovação em concurso público, tampouco nas situações que permitem o preenchimento de cargos em comissão. Não houve um efetivo dano pecuniário, eis que o servidor contratado irregularmente praticou os atos de ofício, porém o patrimônio público restou lesado na medida em que a ilegalidade trouxe ao serviço público particular que fora beneficiado em detrimento de outrem. Há, nessa situação, uma restrição ao direito dos demais cidadãos de concorrerem em igualdade de condições ao cargo público, o que traz inegável prejuízo do direito difuso da população ao ingresso no serviço público.

²⁴ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Assim, para ensejar a propositura de ação civil pública – ou mesmo ação popular – contra ato lesivo ao patrimônio público, não basta mero prejuízo econômico, sendo este, inclusive, dispensável, devendo haver um malferimento à moralidade administrativa, à legalidade e/ou à eficiência – princípios estes previstos no art. 37 da CF/88²⁵ –, atingindo o próprio interesse social de tal maneira que a população restou prejudicada.

4.2 Dos atos legislativos de efeitos concretos que causam danos ao patrimônio público

Apresentadas as balizas necessárias, faz-se mister destacar que, em certas hipóteses, a *lex* de efeitos concretos, tal como um ato administrativo comum, causa dano ao patrimônio público, seja criando uma despesa irregularmente, seja alienando bem pertencente à pessoa jurídica de direito público sem uma contraprestação equivalente.

Como dito alhures, para identificar se o decréscimo patrimonial representa uma lesão ao direito difuso da coletividade a uma administração proba, o que permitiria a defesa do Erário por meio de demanda coletiva, mostra-se imprescindível analisar se houve malferimento aos preceitos que regem a Administração Pública, elencados no art. 37 da Constituição da República.

Com isso, tendo a lei de efeitos concretos causado um prejuízo ao patrimônio público por ofender normas que devem nortear o administrador, tal como ocorre com o mandado de segurança e a ação popular, poderá o legitimado fazer uso da ACP.

Hipótese que tem se mostrado corriqueira de ato legislativo de efeitos concretos que causa dano ao patrimônio público por violar o princípio da legalidade é a das normas que elevam a remuneração de servidores em desobediência à Lei Complementar n. 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por vezes, o aumento da remuneração dos cargos políticos (Prefeito, Vice-prefeito, vereador, secretário municipal etc.) é implementado ao final da gestão, menos de seis meses para o término dos mandatos dos titulares. *Ocorre, porém, que o art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/2000 declara: “Também é nulo de pleno direito o ato de*

²⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 19.

que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”.

Note-se que o artigo é aplicável a todas as esferas de Poder, sendo que, no Município, aplica-se aos Poderes Executivo e Legislativo, nos termos do art. 1º, §§ 2º e 3º, inciso I, alínea “a”, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

É importante ressaltar que a possibilidade de se impor limitações a todos os Poderes por meio de Lei Complementar em matéria de finanças públicas – inclusive estabelecendo requisito de validade/eficácia para aumento de despesa com pessoal – é prevista na Constituição Federal, em seus artigos 163, inciso I, e 169²⁶.

Desta forma, é possível perceber que a observância aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal como condição de validade de qualquer ato dos Entes Federados que enseje despesas com pessoal – seja ele legislativo ou administrativo – é prevista constitucionalmente e, portanto, deve ser respeitada.

Pois bem, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal declara a nulidade da elevação de salários a menos de 180 dias do fim do mandato, porém, não há um remédio jurídico expresso para combater a lei de efeitos concretos que viola tal previsão. Não se poderia manejar ação direta de inconstitucionalidade, seja pelo fato de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não permitir o controle abstrato de tais normas, seja em razão não haver necessariamente uma efetiva violação à norma constitucional.

Nessa situação, o receio de alguns doutrinadores - como fora exposto no tópico relativo à não submissão de leis de efeitos concretos ao controle abstrato de constitucionalidade – se materializaria, eis que seria uma lei que lesa o patrimônio público, sem ser possível um combate judicial. No entanto, defendemos ser pertinente o ajuizamento de ação civil pública, tal como já é aceita a propositura de ação popular.

Com efeito, não se poderia vedar que órgãos de controle como Ministério Público ou até mesmo a pessoa jurídica de direito pública lesada buscassem o controle judicial do ato questionado dependendo, para tanto, que eleitor propusesse a demanda. Tal situação, além de não ser razoável, representaria violação a preceitos republicanos.

Em assim sendo, havendo violação ao dispositivo do art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, é necessário que se reconheça a

²⁶Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas; Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

nulidade do aumento mencionado, conforme já decidiu, inclusive, a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, nos autos do Agravo de Instrumento Nº 0803473-74.2017.815.0000, sob a relatoria do Eminentíssimo Desembargador José Ricardo Porto, julgado em 03/10/2017.

Igualmente, percebe-se, de forma clara, a nulidade de pleno direito decorrente da ilegalidade no aumento concedido pela legislação de efeitos concretos que vulnerou frontalmente a Lei de Responsabilidade Fiscal, que é Lei Complementar, de observação obrigatória por todos os Entes da Federação. Assim, como já aceito em alguns julgados, seria tal ato legislativo rechaçado por meio de ação civil pública.

Da mesma forma, violadora de normas abstratas e, por consectário, do princípio da legalidade, seria a lei orçamentária anual que desrespeita alguma das disposições contidas nos artigos 165 e seguintes da Constituição Federal, que impõem determinadas formalidades e deveres na elaboração da mencionada *lex*.

Por outro lado, também é possível imaginar leis de efeitos concretos que, por violarem os princípios da impessoalidade e/ou da moralidade, devam ser anuladas. O preceito da impessoalidade traduz a ideia de que a Administração deve tratar a todos sem discriminações benéficas ou detrimidas, nem favoritismos ou perseguições são toleráveis, simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atividade administrativa.

Assim, a título de exemplo, uma lei de efeitos concretos que autoriza a doação de bem público a algum aliado dos integrantes do parlamento e do Poder Executivo, sem que haja um verdadeiro interesse público, apenas com o escopo de favorecer determinada pessoa, é passível de ataque por meio de ACP.

Do mesmo modo, poder-se-iam citar leis que concedem isenção fiscal a determinada pessoa ou grupo de maneira trazer um benefício antidemocrático sem que houvesse interesse público para tanto. Neste ponto específico, há de se esclarecer que a vedação imposta pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública²⁷ não impediria a propositura da ACP. Tal limitação imposta pela própria LACP é voltada a obstar a defesa de contribuintes por meio de ação civil pública²⁸.

²⁷Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

²⁸Ibidem, p. 237-238. Nota 3.

Tal limitação pretende proteger o Fisco que demandas que possam causar enorme prejuízo à política fiscal de um Ente Federativo. No entanto, o que propomos é diametralmente oposto, ou seja, a defesa do próprio erário em razão de dano causado por isenção fiscal concedida por meio de lei de efeito concreto que traz prejuízo ao patrimônio público sem que haja interesse público a justificar o benefício.

Neste ponto, forçoso destacar que a doutrina e a jurisprudência ainda não trataram da matéria, o que não afasta a necessidade de discussão. Como dito alhures, o atual panorama político do Estado brasileiro permite gerar desconfiança em razão de certas condutas adotadas pelos membros dos Poderes Executivo e Legislativo. Não faltam denúncias de que, em troca de benefícios fiscais, empresas financiaram campanhas eleitorais, inclusive mediante o chamado “caixa dois”, incrementando financeiramente as disputas por cargos eletivos, o que ensejou campanhas milionárias.

As informações são estarrecedoras a ponto de reconhecer que o interesse público, diariamente, vem sendo colocado de lado, para beneficiar particulares que se mostram dispostos a colaborar com os ocupantes de funções públicas na expectativa de receber favores futuros que justificassem os investimentos. Nesse contexto, verificado um dano ao patrimônio estatal em razão de isenção fiscal motivada por razões não republicanas, mostrar-se-ia possível o ajuizamento de ação civil pública contra o ato legislativo de efeito concreto que concedeu a benesse indevidamente.

Tanto se mostra ilícita a conduta de conceder isenção ilegalmente que a Lei de Improbidade Administrativa prevê tal situação como sendo ato que causa prejuízo ao Erário (art. 10, VII). Não é demais ressaltar o rol do art. 10 da Lei n. 8.429/92 é exemplificativo, servindo apenas de norte para os aplicadores do direito. Assim, nada obsta reconhecer a ilegalidade de uma isenção concedida não por inobservância de formalidades, mas por um vício ainda maior, qual seja, a flagrante intenção de beneficiar terceiros que se mostram aliados dos membros do Poder Executivo e/ou Legislativo.

Assim, inúmeras são as possibilidades de uma lei de efeitos concretos gerar um prejuízo ao patrimônio público, merecendo uma retaliação via ação civil pública, instrumento eficaz a tal desiderato.

Mostra-se impossível elencar todas as possibilidades em que poderia ocorrer esse prejuízo. Pretende-se tão somente demonstrar que a ACP é, de fato, o instituto processual mais adequado para a defesa do patrimônio em razão de dano provocado por uma lei de efeitos concretos, em primeiro lugar em razão de tais normas não se submeterem ao controle abstrato de constitucionalidade. Em segundo plano, pelo fato de a ação civil pública, ao contrário da ação popular, legitimar órgãos públicos a defender o patrimônio público.

5 Conclusões

Pelo exposto, foi possível verificar que do exame da lei, doutrina e jurisprudência que tratam de ação civil pública e das leis de efeitos concretos, pode esta ser objeto de controle por meio daquela.

Como já repisado, o controle judicial constitui importante ferramenta para garantir a finalidade pública de todos os atos da Administração, evitando ou reprimindo ilicitudes cometidas por detentores de cargos políticos.

Não seria admissível que instituto tão relevante e comum, como são as leis de efeitos concretos, ficasse à margem de uma fiscalização efetiva, onde órgãos públicos e particulares pudessem questioná-la em juízo, a fim de evitar prejuízos ao Erário.

Há previsão legal, na ordem jurídica em vigor, de inúmeros casos em que atos administrativos passam pelo processo legislativo, transformando-se em de lei em sentido amplo, malgrado as normas criadas com tal desiderato não possuam as características da abstração, generalidade e impessoalidade comuns a *lex* em tese.

De maneira sintética, poderíamos citar, como principais hipóteses de ato normativo de efeito concreto, a (01) elevação de remuneração de carreiras públicas; (02) a criação de autarquia ou autorização para a instituição de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações; (03) a concessão de isenções e estímulos fiscais a determinadas pessoas jurídicas, de maneira pessoal e concreta; (04) a lei orçamentária anual; e (05) a lei que autoriza a alienação de bem imóvel pertencente ao Poder Público.

Desse modo, seria deveras prejudicial ao interesse público limitar ou cercear a fiscalização dessas normas.

Pois bem, apesar da sua importância, o tema ainda não encontra grande respaldo doutrinário e jurisprudencial, resumindo-se os julgados a casos específicos como dos atos legislativos que elevam salários de categorias em desobediência à Lei de Responsabilidade Fiscal. Decerto, há uma infinidade de outras possibilidades que ainda não foram devidamente enfrentadas, passando sem o devido controle tais atos normativos que comumente causam danos aos cofres Públicos.

Por outro lado, está consolidado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que os referidos atos legislativos não podem ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, diante ausência de conteúdo normativo. Portanto, questionou-se qual o instrumento processual seria pertinente para controlar tal atividade estatal, uma vez que não se poderia deixar a *lex* de efeitos concretos alheia a um controle judicial.

Foi possível vislumbrar haver, no mínimo, a ausência de um posicionamento firme da doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de a ação civil pública ser proposta para combater ato legislativo de efeitos concretos. Ademais, existem decisões judiciais esparsas permitindo que a referida ação coletiva seja manejada com tal finalidade, no entanto, sem adentrar nas inúmeras possibilidades reais que existem, resumindo-se, na enorme maioria das vezes, à questão de leis que elevam salários.

Ora, o momento histórico e cultural que vivemos põe em xeque a atividade do Legislativo e Executivo, que não raramente se unem em prol de determinado “projeto” totalmente alheio ao interesse público, numa verdadeira deturpação do sistema de freios e contrapesos que deveria orientar a separação harmônica dos poderes.

Neste contexto, faz-se mister oportunizar que a sociedade e os órgãos de controle desempenhem seu papel de fiscalizar, levando ao Poder Judiciário os casos que se mostrem prejudiciais ao interesse público.

Assim, importante instrumento democrático para o controle da Administração Pública e, especificamente, das leis de efeitos concretos seria o manejo de ações civis públicas em defesa do patrimônio público.

Como visto, a ACP representa espécie de processo coletivo, cuja finalidade é a defesa dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, de sorte que se mostra meio adequado e idôneo ao controle de atos administrativos prejudiciais ao Erário, diante de suas peculiaridades, quais sejam, (01) legitimação de órgãos públicos, dentre eles, o Ministério Público; (02) eficácia *erga omnes* da decisão; (03) previsão legal da ACP para a proteção do patrimônio público, com o advento da Lei n. 13.004/14; e (04) adequação do procedimento às peculiaridades da situação.

Com isso, cabe tanto aos legitimados para o ajuizamento da ação civil pública quanto ao cidadão a defesa do patrimônio público em razão de leis de efeitos concretos que causem prejuízo ao Erário.

Ressalte-se, mais uma vez, que tal o dano ao patrimônio que permite o ajuizamento de ação civil pública não é, pura e simplesmente, aquele em que há um decréscimo econômico nos bens e direitos de titularidade da Fazenda Pública.

Cuida-se, em verdade, de um dano aos próprios princípios reitores da Administração Pública e previstos no art. 37 da Carta Magna.

Dessa forma, caso uma norma com efeitos concretos ofenda o patrimônio público, independentemente de uma desvalorização patrimonial, poderá haver seu questionamento perante o Poder Judiciário.

Com isso, pretende-se auxiliar o aplicador do direito, em especial aquele cuja atribuição ou interesse seja a defesa do patrimônio público,

indicando os problemas relacionados ao controle judicial de leis de efeitos, bem como sugerindo a via da ação civil pública para tal desiderato.

Inúmeras são as leis de efeitos concretos existentes e tão numerosas quanto são as possibilidades de malferimento ao patrimônio público. Cabe à sociedade, seja através de cidadãos, seja por órgãos públicos, minimizar, por meio do ajuizamento de ações, os efeitos nocivos que tais espécies normativas podem vir causar.

Destaque-se, por fim, que a lei de efeito concreto nem sempre trará dano ao Erário ou apresentará alguma ilegalidade, de modo que elas podem servir de importante instrumento, máxime quando o sistema de freios e contrapesos não se mostra comprometido, de sorte que tanto o Executivo quanto o Legislativo desempenhem suas funções eficientemente.

Referências

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnoldo, MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assunção Neves. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

A AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA NO CONTEXTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Mirella Camorata Pimenta
Bacharela em Direito

Resumo

A interdisciplinaridade entre a Psicologia e o Direito pode possibilitar a diminuição da violência intrafamiliar e a promoção da justiça, pois propiciam um melhor entendimento dos fenômenos emocionais observados nas partes de um processo judicial, principalmente aqueles que permeiam um processo de separação ou divórcio que envolve filhos. A alienação parental ocorre quando o genitor alienador denigre a imagem do outro e cria resistência entre este e seu filho, ocasionando o distanciamento do convívio com o filho de forma gradativa até o ponto de o genitor alienado tornar-se um estranho para o próprio filho, e este o tratará de forma indiferente e agressiva. O presente estudo visa a demonstrar quais instrumentos psicológicos podem ser utilizados para a realização de uma avaliação psicológica quando se tratar de casos jurídicos com suspeita de alienação parental.

Palavras-chave: Psicologia. Direito. Família. Testes psicológicos.

Abstract

The interdisciplinarity between Psychology and Law can allow the reduction of intrafamily violence and the promotion of justice, since they provide a better understanding of the emotional phenomena observed in the parts of a judicial process, especially those that permeate a process of separation or divorce involving children. Parental alienation occurs when the alienating parent denigrates the image of the other and creates resistance between him and his son, resulting in the separation of the relationship with the child gradually until the alienated parent becomes a stranger to his own son, and This will treat you indifferently and aggressively. The present study aims at demonstrating which psychological instruments can be used to perform a psychological evaluation when dealing with legal cases with suspected parental alienation.

Key words: Psychology. Law. Family. Psychological tests.

1 Introdução

É notável o crescente índice de divórcio e conseqüentemente a disputa da guarda dos filhos. A literatura aponta que, em muitos processos de disputa de guarda, se outorga a um dos genitores a guarda do filho,

e, ao outro genitor, o direito de visitas, de forma que garanta o direito da criança à convivência em família previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando, assim, o não rompimento de vínculo entre o filho e o genitor não guardião.

Em meio a esta disputa pela guarda, estão pais cheios de ressentimentos, mágoas e sentimentos egoístas, querendo, na maioria das vezes, atingir o outro, usando, neste caso, os próprios filhos. São genitores que, de forma silenciosa ou quase imperceptível, colocam empecilhos para que a criança não tenha acesso ao outro genitor, promovendo, então, o que se chama de alienação parental.

Por meio dessa prática, o genitor alienador denigre a imagem do outro e cria hostilidade entre este e seu filho e distancia o convívio do filho com o outro genitor, normalmente seu ex-cônjuge e gera, desta forma, um afastamento gradativo até que o genitor alienado se torne um estranho para o filho, que o tratará de forma indiferente e agressiva.

Esta alienação produz várias consequências de ordem emocional e comportamental, podendo ser graves e irreparáveis. Estas crianças podem se tornar adultos com doenças psicossomáticas, ansiosas, agressivas, depressivas crônicas, dentre outras que, se não identificadas a tempo, as tornam denominadas pelo que se classifica como Síndrome da Alienação Parental.

Fonseca (2007) relata que a Síndrome da Alienação Parental consiste em sequelas emocionais e comportamentais em que a criança se recusa terminantemente a ter contato com um dos progenitores, sendo decorrente da alienação parental, que é o afastamento do filho de um dos genitores, causado pelo outro genitor.

Diante disso, o presente estudo visa a demonstrar quais instrumentos psicológicos podem ser utilizados para a realização de uma avaliação psicológica quando se tratar de casos jurídicos com suspeita de alienação parental.

De acordo com Primi (2010, p. 26) “a avaliação psicológica é uma atividade mais complexa e constitui-se na busca sistemática de conhecimento a respeito do funcionamento psicológico das pessoas, de tal forma a poder orientar ações e decisões futuras”.

2 Interdisciplinaridade

De acordo com Farias e Rosenvald (2014), a ciência jurídica se avizinha de outros ramos, como a Psicologia, a Sociologia, a Antropologia, a Medicina, dentre outros, com o intuito de obter conhecimento para a boa solução dos conflitos familiares. Sendo assim, essa interdisciplinaridade impõe uma aproximação do Direito das Famílias com diferentes áreas do saber humano.

Para Rovinski (2004, p. 13), “Psicologia e Direito, mesmo constituindo-se disciplinas distintas, possuem, como ponto de intersecção, o interesse pelo comportamento humano”.

Pena Júnior, citado por Farias e Rosenvald (2014, p. 59), assinala que

A interdisciplina considera as contribuições oriundas dos vários ramos do conhecimento, integrando-as no estudo de determinado fenômeno. Ela não busca criar uma nova disciplina, e sim somar essas realidades diferenciadas, na organização de um conhecimento relacionado com o todo.

No mesmo sentido, Dias (2015, p. 65) afirma que

No âmbito das demandas familiares, é indispensável mesclar o direito com outras áreas do conhecimento que têm, na família, seu objeto de estudo e identificação. Nessa perspectiva, a psicanálise, a psicologia, a sociologia, a assistência social ensejam um trabalho muito mais integrado. O aporte interdisciplinar, ao ampliar a compreensão do sujeito, traz ferramentas valiosas para a compreensão das relações dos indivíduos, sujeitos e operadores do direito, com a lei. Os profissionais devem reconhecer o benefício do trabalho de cooperação com outras áreas do conhecimento, sob pena de se infringirem princípios maiores que gozam de garantia constitucional.

Sendo assim, denota-se que estudos realizados por assistentes sociais e avaliações psicológicas são importantes ferramentas que auxiliam a formar um juízo que, muitas vezes, seria impossível sem o uso da interdisciplinaridade.

No Brasil, a divulgação da Síndrome da Alienação Parental intensificou-se no âmbito do Poder Judiciário, em meados de 2003, com o surgimento das primeiras decisões que reconheciam tal fenômeno: a participação das equipes multidisciplinares nos processos que envolvem direito de família, bem como a realização de pesquisas e divulgações realizada por órgãos como a APASE – Associação dos Pais e Mães Separados, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, dentre outros (FREITAS; PELIZZARO, 2010).

A respeito do seu surgimento, Dantas (2011) pondera que a Síndrome da Alienação Parental passou a despertar bastante interesse nos profissionais da área da psicologia e do direito, haja vista ser assunto do interesse destes dois ramos do saber, levando a uma constatação da real necessidade de que o direito e a psicologia caminhem juntos, a fim de propiciar um

melhor entendimento dos fenômenos emocionais observados nas partes de um processo judicial, principalmente aqueles que permeiam um processo de separação ou divórcio.

Conforme o disposto na Resolução nº 017/2012 do Conselho Federal de Psicologia, a atuação do psicólogo perito nos diversos contextos consiste em uma avaliação direcionada a responder demandas específicas, originada no contexto pericial e poderá contemplar observações, entrevistas, visitas domiciliares e institucionais, aplicação de testes psicológicos, utilização de recursos lúdicos e outros instrumentos, métodos e técnicas reconhecidas pela ciência psicológica.

Segundo Barbosa e Castro (2013), promulgada a Lei da Alienação Parental, surgiu uma grande necessidade de que os operadores do direito tivessem conhecimento e domínio acerca dos conceitos ligados ao tema, o que se tornou fator imprescindível para todos os profissionais das áreas jurídicas e psicológicas que trabalhavam com litígios ligados à família.

3 Alienação parental

3.1 Origem e definição legal de alienação parental

Somente na década de 80, o psiquiatra e professor Richard Gardner, que trabalhava com o aconselhamento de pais divorciados, retomou as pesquisas que culminaram na delimitação e formalização teórica da alienação parental (SILVA, 2011).

De acordo com Gardner (2002), citado por Gagliano e Pamplona filho (2012, p. 613),

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tem nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral, programação, doutrinação') e contribuições da própria criança a caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental, para a hostilidade da criança, não é aplicável.

Após a entrada em vigor da Lei da Alienação Parental (Lei n.12.318/10) aconteceu uma verdadeira revolução na atividade do Poder

Judiciário no que diz respeito aos litígios familiares, haja vista que, por força do texto legal, os magistrados, por provocação dos advogados e do Ministério Público, passaram a ser obrigados a considerar as práticas de alienação parental como elemento subjetivo e não somente como um fator de caráter subjetivo, como era feito anteriormente a esta lei, onde ela fica em segundo plano por não haver regulamentação legal (FREITAS, 2012).

Araújo (2011) comenta que a Lei 12.318/10 trouxe mudanças importantes para o Judiciário brasileiro, pois disciplinou o contexto da alienação parental. O conceito de alienação parental, após este texto legal, não vê o fato somente como a interferência prejudicial à formação psicológica da criança ou do adolescente por parte dos genitores, incluindo neste rol também os avós ou outros parentes que detenham autoridade sobre a criança ou adolescente, ou que tenham a guarda ou vigilância e que também podem fazer com que repudiem o genitor não-guardião, ou prejudicar a manutenção do vínculo com ele.

Conforme explica Freitas (2012, p. 24), a Lei 12.318/10 conceitua alienação parental como

A interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Cabral (2014, p. 1) detalha o conceito legal de alienação parental:

Através dessa prática, um genitor tenta denegrir a imagem do outro, criando hostilidade entre este e seu filho, tentando impedir a convivência do filho (que é de ambos) com o outro (geralmente ex-cônjuge), promovendo um afastamento progressivo até torná-lo estranho, indiferente e agressivo. Tem início principalmente após o término de uma relação conjugal contenciosa, em que apenas um dos genitores fica responsável pela guarda da criança ou adolescente.

Segundo Freitas (2012, p.21), Gardner observou que “na disputa judicial, os genitores deixavam muito claro em suas ações que tinham como único objetivo a luta incessante para ver o ex-cônjuge afastado dos filhos, fazendo muitas vezes uma verdadeira lavagem cerebral na mente das crianças”.

Os conflitos familiares tornaram-se mais complexos, pois, com o fim do relacionamento conjugal, os genitores passaram a reclamar a guarda dos filhos.

No entanto, a ruptura conjugal gera no genitor detentor da guarda um sentimento de abandono rejeição, de traição e surge uma tendência vingativa muito grande, pois há casos de desvio do afeto das crianças somente a um dos genitores, o que prejudica seu relacionamento afetivo com o outro, fenômeno este denominada por Gardner como alienação parental (MAGALHÃES, 2010).

Para Dantas (2011), a alienação parental é na verdade uma verdadeira campanha em busca da desmoralização do genitor, cujo filho é usado como um instrumento apto a imprimir agressividade ao parceiro, configurando uma forma de maus tratos ou abusos contra a criança.

Nestes casos, de fato, os filhos acabam sendo penalizados de forma bastante cruel pela falta de maturidade de um dos pais, este que não é capaz de fazer a devida separação entre o fim do relacionamento conjugal e a relação parental, criando uma relação de dependência entre o modo de viver dos filhos e a relação dos pais posteriormente ao rompimento do vínculo entre os cônjuges (SOUZA, 2008).

De acordo com o posicionamento de Freitas e Pelizzaro (2010), a alienação parental é, por uma série de motivos, uma discussão que vai além do debate jurídico puro e simples, consubstanciando-se como um mal sociofamiliar que precisa ser urgentemente extirpado da sociedade. Salientam que, na impossibilidade em virtude da falta de maturidade do genitor alienante, precisam ser aplicadas medidas enérgicas, previstas em lei, a fim de evitar que ocorram de pais e filhos serem obrigados, por muito tempo, a não poderem manter contato um com o outro.

Fonseca (2007) explica que a Síndrome da Alienação Parental surge em virtude de um apego exagerado do filho a um dos genitores, ao passo que se afasta definitivamente do outro. Na verdade, é o resultado de todo um processo realizado, consciente ou inconscientemente, pelo genitor alienante, aliado ao fato de que a criança normalmente não tem muita vontade de estar com o outro genitor.

Nas situações em que há esta síndrome, a criança é levada a se recusar de estar na companhia do genitor que está sendo alienado, o que gera a quebra da relação do filho com este genitor. É este o objetivo do genitor alienador: destruir a relação entre a criança e o genitor.

De acordo com Fonseca (2007), é necessário esclarecer que a Síndrome da Alienação Parental não pode ser confundida com a simples alienação parental, haja vista que esta em si significa tão somente o afastamento do filho de um dos pais, causada pelo outro genitor que, no caso, é o detentor da guarda da criança. Já a síndrome está relacionada às sequelas emocionais e comportamentais de que a criança passa a estar acometida em virtude daquele afastamento, ou seja, a síndrome diz respeito ao comportamento da criança, que se

nega veementemente a ter contato com o outro genitor. A alienação parental tem a ver com o procedimento adotado pelo guardião para conseguir afastar a criança do seu progenitor.

3.2 Práticas consideradas alienação parental

O processo alienante inicia-se por meio de uma campanha de modificação nas emoções do alienador e da criança. Para alcançar seu objetivo, o genitor alienador começa a trabalhar a cabeça da criança para que ela o veja como seu psicólogo particular, desabafa e lamenta as decepções da sua vida, cujas consequências são trágicas para a criança, que começa desde “ir mal na escola” até a agredir outras pessoas sem motivos aparentes (FREITAS, 2012).

Segundo Lass (2013), Gardner delineou quatro aspectos gerais da alienação parental: lavagem cerebral, programação engenhosa, fatores da própria criança e fatores situacionais referentes à separação; sendo que apenas os dois primeiros referem-se aos comportamentos e ações do alienador. A lavagem cerebral é constituída por ações conscientes realizadas com o intuito de colocar a criança contra genitor alienado. Essas atitudes são no sentido de proferir difamações contra o genitor alienado na presença da criança, dizer a esta que o genitor a abandonou, e exponenciar as mínimas falhas do alienado. A programação engenhosa é definida como um processo de programação sutil, e muitas vezes inconsciente, de atribuir aspectos negativos ao genitor alienado sem o dizer de forma aberta, mas gradativamente sabotar as visitas através de indução de culpa e desencorajamento passivo.

Souza (2008, p.7) pontua que:

o maior sofrimento da criança não advém da separação em si, mas do conflito, e do fato de se ver abruptamente privada do convívio com um de seus genitores, apenas porque o casamento deles fracassou. Os filhos são cruelmente penalizados pela imaturidade dos pais quando estes não sabem separar a morte conjugal da vida parental, atrelando o modo de viver dos filhos ao tipo de relação que eles, pais, conseguirão estabelecer entre si, pós-ruptura.

Diante do exposto, Cabral (2014) define três protagonistas: o guardião, que passa a funcionar como alienador; o ex-cônjuge que não detém a guarda dos filhos, porém tem direito de visitação e convivência, que é classificado como genitor alienado; e a criança, que é a vítima da discórdia entre seus genitores.

A atuação do genitor alienador consiste em distanciar progressivamente a criança do genitor que se encontra fora do lar, geralmente caracterizada por motivos infundados como maledicências, falsas afirmativas, fatos inverídicos e até mesmo difamação, daí a expressão “falsas memórias”. Todas essas condutas são dirigidas a intenção de causar um abismo cada vez maior entre o filho e o ex-cônjuge, no intuito de impor ao outro genitor as consequências danosas da separação por meio da falta do filho que está sendo cerceado de sua convivência (CABRAL, 2014).

Dentre os exemplos observados na literatura do que realmente ocorre ou que poderá ocorrer como elementos identificadores da alienação parental, Carneiro (2007, p.44) disserta:

É a recusa de passar as chamadas telefônicas; a passar a programação de atividades com o filho para que o outro genitor não exerça o seu direito de visita; apresentação do novo cônjuge ao filho como seu novo pai ou mãe; denegrir a imagem do outro genitor; não prestar informações ao outro genitor acerca do desenvolvimento social do filho; envolver pessoas próximas na lavagem cerebral dos filhos; tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor; sair de férias sem os filhos e deixá-los com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que este esteja disponível e queira cuidar do filho para que não se comunique com o outro genitor.

Vê-se, desta forma, que a prática da alienação parental comumente está associada a uma modificação do *status quo* familiar, quer pelo casamento do genitor, uma nova namorada ou namorado, o ingresso de ação revisional de alimentos ou o período de convivência. Enfim, a modificação da situação em que se encontra o contexto familiar geralmente está associada ao início da prática da alienação parental ou mesmo a sua execução em um nível diverso do que vinha comumente se realizando (FREITAS, 2012).

Na prática, a criança exposta à alienação parental passa a se recusar a manter qualquer tipo de contato com o genitor que não é seu guardião, em virtude de passar a nutrir um sentimento de rejeição com relação a ele, isto gerado pela alienação empregada por seu guardião. Inicialmente, o alienado pode até mesmo externar esse sentimento, mas normalmente não apresenta justificativas e explicações plausíveis, limitando-se a conceitos negativos. Contudo, com o passar do tempo, o afastamento se torna completo e irreversível, chegando a criança a afastar-se até mesmo dos familiares do seu genitor (FONSECA, 2007).

Cuenca (2008, p. 93) explica que

Ao estudar o perfil do genitor alienador, conclui que este geralmente demonstra uma grande impulsividade e baixa autoestima, medo de abandono repetitivo, esperando sempre que os filhos estejam dispostos a satisfazer as suas necessidades, variando as expressões em exaltação e cruel ataque. Esta fase é a mais grave.

De acordo com Freitas e Pelizzaro (2010), a conduta entendida como alienante pode ou não ser intencional e gera uma série de modificações nas emoções tanto do alienador quanto da criança que sofre a alienação. Ato contínuo, a vítima da alienação é induzida a desenvolver um sistema de cumplicidade e compreensão no que diz respeito às atitudes do alienador. Desta forma, a criança passa, tanto a justificar esta conduta perante outras pessoas, quanto a praticar atos da mesma natureza.

Sobre os efeitos da alienação parental, Xaxá (2008, p.18) diz que

Com o passar dos tempos e a constante repetição de conceitos negativos sobre o outro genitor, esse quadro evolui para um completo e, via de regra, irreversível afastamento. Essa alienação pode durar anos com conseqüências gravíssimas para a formação da criança, que somente será superada (se for!) quando ela adquirir alguma independência do genitor alienante.

Na prática, o alienador costuma acusar o outro genitor de haver praticado agressões à criança. Contudo, tais afirmações falsas acabam se traduzindo em ofensas ao próprio filho, tornando-se ele o agressor, haja vista que, além destes males causados pelas afirmações inverídicas, o alienante ainda erra ao não se conscientizar de que o vínculo com ambos os genitores é essencial para que a criança tenha o equilíbrio psicológico adequado para um ser em formação (SILVA, 2011).

4 Avaliação psicológica

De acordo com a Cartilha de Avaliação Psicológica expedida pelo Conselho Federal de Psicologia (2013, p.13), a avaliação psicológica é um processo técnico e científico realizado com pessoas ou grupos de pessoas que, de acordo com cada área de conhecimento, requer metodologias específicas; é dinâmica e constitui-se em fonte de informações de caráter explicativo sobre os fenômenos psicológicos, com a finalidade de subsidiar os trabalhos

nos diferentes campos de atuação do psicólogo, dentre eles, saúde, educação, trabalho e outros setores em que ela se fizer necessária. Trata-se de um estudo que requer um planejamento prévio e cuidadoso, de acordo com a demanda e os fins para os quais a avaliação se destina.

Por intermédio da avaliação, os psicólogos buscam informações que os ajudem a responder questões sobre o funcionamento psicológico das pessoas e suas implicações. Como o comportamento humano é resultado de uma complexa teia de dimensões inter-relacionadas que interagem para produzi-lo, é praticamente impossível entender e considerar todas as nuances e relações a ponto de prevê-lo deterministicamente.

De acordo com Noronha e Vendramini (2003), citado por Manfredini e Argimon (2010, p.134),

Os testes psicológicos são instrumentos utilizados na prática do psicólogo e podem fornecer importantes contribuições para a elaboração de um diagnóstico, em um processo de avaliação psicológica. Para que os testes sejam úteis e eficientes, eles devem passar por estudos que comprovem suas qualidades psicométricas, assim como devem atender determinadas especificações que garantam reconhecimento e credibilidade por parte da comunidade científica e de leigos.

Meyer e cols. (2001), citado por Primi (2010, p.33), “sugerem que as avaliações que usam múltiplos métodos são mais eficazes e que clínicos que fazem avaliações exclusivamente com entrevistas e observação são propensos a entendimentos incompletos”.

De acordo com o Conselho Federal de Psicologia (2004), os testes caracterizam-se como instrumentos de avaliação ou mensuração de características psicológicas observadas através da manifestação do comportamento. Sendo assim, considerando-se a maneira como as pessoas se comportam nas tarefas, faz-se análise das características psicológicas que o teste busca avaliar. Estes testes auxiliam na Avaliação Psicológica com dados úteis e confiáveis.

Resta evidente, desta forma, que é imprescindível que a verificação da alienação parental seja feita por profissionais gabaritados no assunto, capazes de visualizar o problema biopsicossocial que a influência danosa por parte de um dos genitores originada pela alienação parental gere na criança, sendo capaz de agir de maneira a evitar que o trauma cresça ainda mais na criança vítima da alienação parental (ARAÚJO, 2013).

Segundo a Resolução nº 007/2003 do Conselho Federal de Psicologia (2003), os resultados das avaliações devem considerar e analisar os condicio-

nantes históricos e sociais e seus efeitos no psiquismo, com a finalidade de servirem como instrumentos para atuar não somente sobre o indivíduo, mas na modificação desses condicionantes que operam desde a formulação da demanda até a conclusão do processo de Avaliação Psicológica.

De acordo com a Cartilha de Avaliação Psicológica expedida pelo Conselho Federal de Psicologia (2013, p.18), a escolha adequada de um instrumento/estratégia é complexa e deve levar em conta os dados empíricos que justifiquem, simultaneamente, o propósito da avaliação associado aos contextos específicos. No caso da escolha de um teste, é necessário que o psicólogo faça a leitura cuidadosa do manual e das pesquisas envolvidas em sua construção para decidir se ele pode ou não ser utilizado naquela situação.

Sendo assim, para o caso de alienação parental sugere-se a seguinte bateria de instrumentos favoráveis de acordo com o SATEPSI – Sistema de Avaliação de Testes Psicológicos desenvolvido pelo Conselho Federal de Psicologia.

4.1 A hora do jogo diagnóstica

Conforme Efron et als. (2001), a hora do jogo diagnóstica é um recurso técnico utilizado no processo psicodiagnóstico com o objetivo de conhecer a realidade da criança a ser consultada e que implica o vínculo transferencial breve para conhecer e compreender a criança. As possibilidades de comunicação são mediadas, utilizando-se a atividade lúdica: por meio de um brinquedo, a criança pode expressar aquilo que vivencia no momento. Essa atividade pode revelar o sentido oculto das angústias e dos sintomas que apresenta.

A mesma autora ressalta que, nessa técnica, existem alguns indicadores importantes para fins diagnósticos e prognósticos, como, escolha de brinquedos e brincadeiras, conforme a idade da criança; modalidade de brincadeira, pela qual pode detectar-se plasticidade, rigidez e/ou estereotipia e perseverança; motricidade, que demonstra o desenvolvimento neurológico e de fatores psicológicos e ambientais; tolerante e aberto para experiências novas; tolerância à frustração, que está relacionada ao princípio de prazer e de realidade; capacidade simbólica, que demonstra capacidade intelectual e qualidade do conflito; e adequação à realidade, que permite a avaliação de suas possibilidades.

4.2 Sistema de Avaliação do Relacionamento Parental (SARP)

O Sistema de Avaliação do Relacionamento Parental (SARP) é um conjunto de técnicas que tem como objetivo avaliar a qualidade do relaciona-

mento entre pais e filhos (ou entre responsáveis e crianças) para subsidiar recomendações acerca da disputa de guarda e/ou regulamentação de visitas em perícias judiciais.

As características do SARP não se enquadram na definição de um teste psicológico padronizado. Trata-se, assim, de um método de avaliação não restrito a psicólogos, recomendado para psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais.

Tendo em vista a flexibilidade do método e a possibilidade de adaptação e/ou supressão de algumas questões da entrevista e/ou itens da escala, o SARP revela-se passível de uso em outros contextos que não exclusivamente o de disputa de guarda, servindo a uma gama de situações em que seja necessário subsidiar o Judiciário com informações acerca do relacionamento entre responsáveis e filhos (adoção, guarda compartilhada, regulamentação de visitas, alienação parental).

O SARP foi desenvolvido a partir da tese de doutorado de Vivian de Medeiros Lago, com orientação de Denise Ruschel Bandeira. Esta foi uma das teses em Psicologia vencedoras do Prêmio Capes de Tese 2013.

O SARP é composto de três técnicas aplicadas a responsáveis e filhos: a entrevista SARP, o protocolo de avaliação infantil “Meu Amigo de Papel” (uma versão para meninos e uma para meninas) e a Escala SARP. Ainda há um livreto de apresentação do profissional, para ser utilizado juntamente com o “Meu Amigo de Papel”.

4.3 Teste de Apercepção Infantil – CAT-A

O Teste de Apercepção Infantil – CAT-A – tem por objetivo investigar a dinâmica da personalidade da criança em sua singularidade, de modo a compreender o seu mundo vivencial, sua estrutura afetiva, a dinâmica de suas reações diante dos problemas e a maneira como os enfrenta. Abrange a população entre cinco e dez anos de idade, ou seja, somente aplicado em crianças.

O CAT-A – Teste de Apercepção Infantil – é um dos mais importantes instrumentos para diagnóstico psicológico e psicoterapia, sendo imprescindível no exame psicológico de crianças, principalmente aquelas com problemas emocionais ou vítimas de violência de qualquer natureza. Visa a revelar a estrutura de personalidade da criança, as defesas e o modo dinâmico de reagir e enfrentar os problemas do crescimento, captando o mundo vivencial da criança a partir da interpretação das histórias narradas aos estímulos apresentados.

Composto por dez gravuras (cartões) representando animais em diferentes situações, as quais permitem investigar aspectos como o relacionamento da criança com figuras importantes em sua vida, a dinâmica das

relações interpessoais, a natureza e a força dos impulsos, as defesas mobilizadas, o estudo do desenvolvimento infantil e a compreensão da dinâmica familiar.

Para a interpretação do CAT-A, é proposto um conjunto de nove dimensões, identificadas como aspectos do sujeito, a respeito dos quais podem ser levantadas hipóteses, com base nos elementos concretos da narrativa: autoimagem, relações objetais, concepção de ambiente, necessidades e conflitos, ansiedades, mecanismos de defesa, superego e integração do ego.

4.4 Teste de Apercepção Temática – TAT

O Teste de Apercepção Temática – TAT – é considerado uma técnica projetiva que consiste em apresentar uma série de pranchas, selecionadas pelo examinador ao sujeito que deverá, assim, contar uma história sobre cada uma das pranchas.

Para criar o TAT, o autor partiu do princípio de que diferentes indivíduos, frente a uma mesma situação vital, a experimentam cada um a seu modo, de acordo com a sua perspectiva pessoal. Essa forma pessoal de elaborar uma experiência revela a atitude e a estrutura do indivíduo frente à realidade experimentada. Assim, expondo-se o sujeito a uma série de situações sociais típicas e possibilitando-lhe a expressão de sentimentos, imagens, ideias e lembranças vividas em cada uma destas confrontações, é possível ter acesso à personalidade subjacente. Esse procedimento, nas situações apresentadas, favorece a projeção do mundo interno do sujeito.

Trata-se de instrumento útil em qualquer estudo abrangente da personalidade, no caso de distúrbios da conduta, doenças psicossomáticas, nas neuroses e psicoses.

Segundo Werlang, citado por Cunha (2000 p.409), espera-se que o examinando utilize a sua reserva de experiência, elaborando narrações, em que, sem se dar conta, se identifica com os personagens da cena. Tais histórias denunciarão dados sobre a relação do examinando com as figuras de autoridade e outros tipos de vínculos, revelando também o funcionamento das relações familiares, a natureza dos temores, desejos e dificuldades.

De acordo com Cunha (2000), as principais indicações para a utilização são avaliação da personalidade, principalmente para analisar a natureza dos vínculos afetivos; regulação dos afetos; qualidade das relações interpessoais e identificação de conflitos e mecanismos de defesa; avaliação de condições para indicação psicoterápica e acompanhamento da evolução durante o processo psicoterápico; coleta de subsídios sobre a função cogniti-

va de planejamento, através da análise do manejo que o examinando faz de ideias verbalizadas sequencialmente; análise da capacidade de organização e manutenção de ideias.

4.5 Teste Projetivo Rorschach

O método Rorschach foi criado pelo psiquiatra suíço Hermann Rorschach, nascido em Zurique aos 8 de novembro de 1884. O psicodiagnóstico Rorschach é um teste projetivo, capaz de captar a vivência subjetiva do sujeito, bem como os seus dinamismos, suas áreas de potencialidades e de patologias.

De acordo com Adrados (1991), o teste constitui-se em dez pranchas padronizadas, compostas por manchas de tinta, cuidadosamente selecionadas, de modo que cumpram com certos requisitos de composição e ritmo espacial; são simétricos, o que condiciona o teste de maneira igual para destros e canhotos, sendo que esta simetria ainda favorece as interpretações das pessoas inibidas ou bloqueadas.

Este teste revela a organização básica da estrutura da personalidade, bem como características da afetividade, sexualidade, vida interior, recursos mentais, energia psíquica e traços gerais e particulares do estado intelectual do indivíduo. A interpretação das manchas situa-se no campo da percepção e da apercepção (Adrados, 1991, p. 5).

Deste modo, Costa (2006) ensina que o Psicodiagnóstico Rorschach traz dados valiosos sobre a estrutura e dinâmica da personalidade, a compreensão da constituição das bases afetivas sobre as quais repousa todo o funcionamento psíquico, da qualidade das fantasias, assim como as concepções ligadas à percepção de si e do ambiente. As reações afetivo-emocionais e as condições para a ação prática no ambiente são aspectos centrais em uma leitura integrada de um protocolo de Rorschach.

De acordo com Vaz (1997, p. 6-7),

O Rorschach é considerado como um instrumento capaz de fornecer subsídios para avaliação da estrutura da personalidade do sujeito e o funcionamento de seus psicodinamismos. Através da técnica, avaliar seus traços de personalidade, o funcionamento de suas condições intelectuais, o nível de ansiedade básica e situacional, a depressão, suas condições efetivas e emocionais; fornece-nos condições para vermos como está a pessoa quanto ao controle geral, quanto à

capacidade para suportar frustrações e conflitos, quanto à adaptação ao trabalho e ao ajustamento e integração humanos; impulsos, instintos, reações emocionais, nível de aspiração são outros elementos psicodinâmicos avaliáveis através do Rorschach. Além disso, é um instrumento capaz de auxiliar o examinador no diagnóstico de paciente com problemas de interferência neurológica e com perturbação ou desvio de conduta.

Segundo Costa (2006), as possibilidades e as formas de controle dos impulsos, assim como a consciência das motivações pessoais em um comportamento manifesto, é um dado eminente em um protocolo de Rorschach. A capacidade de suportar frustrações, de reagir ao estresse e os níveis de ansiedade, assim como os modos de manejá-la são evidentes à luz dos dados oriundos da aplicação de Rorschach.

Ao avaliar a prática do Rorschach, o instrumento não deve ser utilizado somente como uma conclusão diagnóstica, mas também como uma intervenção que possibilite a pessoa, uma vez dimensionada suas dificuldades, compreender como se relaciona consigo, com o mundo e com os objetos, bem como de se perceber como campo de possibilidades.

Ensina Costa (2006) que o Rorschach traz dados riquíssimos a respeito da forma particular de integração do indivíduo com o seu ambiente social.

5 Conclusão

Ao abordar o tema referente à alienação parental, observou-se que é preciso discutir uma interdisciplinaridade entre a Psicologia e o Direito, com o intuito de garantir um espaço relacional que proporcione mudanças no universo comunicativo de interação entre os juízes, promotores, defensores e os psicólogos e assistentes sociais de um Setor Psicossocial Forense.

Um efetivo diálogo entre essas duas áreas de conhecimento, bem como uma análise reflexiva da importância da interdisciplinaridade como instrumento, pode possibilitar a diminuição da violência intrafamiliar e a promoção da justiça.

A interação dessas ciências tornará mais efetiva as decisões judiciais, uma vez que os trabalhadores do Direito e da Psicologia serão coautores em ações conjuntas, a fim de conciliar a aplicação da lei com as reais necessidades da família.

A alienação parental e o abandono afetivo são problemas sérios e, por isso, ao identificar diversos casos em que os filhos ficavam sob a guarda da genitora, e esta, muitas vezes, por ainda não ter aceitado e interiorizado sua

nova realidade, ou seja, estar divorciada, acabava por transferir esse "luto" ao filho. O filho, por sua vez, que acabava por exteriorizar sua insatisfação com tal situação, se alia à genitora, em desfavor do pai, o que, infelizmente, em alguns casos, gerava o abandono afetivo por parte do genitor em relação ao filho.

Denota-se que se esse abandono pode ocorrer porque o genitor, ao sentir-se "cansado" dos conflitos e cenas vexatórias em frente ao filho, afasta-se da ex-mulher e, em consequência, acaba se afastando do filho.

A alienação parental causa problemas sérios para todos envolvidos na relação (pai, mãe e filho). O cuidado com o menor alienado deve ser dobrado e, impreterivelmente, acompanhado por profissionais em tratamentos psicológicos, quando identificado à alienação, juntamente com os que praticam os atos, sendo necessário também que o pai deva ser encaminhado ao tratamento psicológico, para que tal alienação não enseje um abandono afetivo.

É primordial que psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais conheçam os critérios de identificação da alienação parental, para poderem diferenciar o ódio exacerbado que leva a um sentimento de vingança e a programação do filho para se afastar do outro genitor. Somente o diagnóstico correto permite apontar o tratamento adequado capaz de evitar uma sobreposição de traumas psicológicos a todas as pessoas envolvidas.

Referências

ADRADOS, Isabel. *Teoria e prática do teste de Rorschach*. São Paulo: Vozes, 1991.

ARAÚJO, Susana Vieira de. *Necessidade de tipificação penal da alienação parental e a aplicação da lei de n. 12.403/2011*. 2013. 92f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013.

ARAÚJO, Danger Pereira. *A lei da alienação parental e seus efeitos nas relações de família*. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-da-alienacao-parental-e-seus-efeitos-nas-relacoes-de-familia,35438.html>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BARBOSA, Luciana Paula Gonçalves; CASTRO, Beatriz Chaves Ros de. *Alienação parental: um retrato dos processos e das famílias em situação de litígio*. Brasília: Líber livro, 2013

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. *Efeitos psicológicos e jurídicos da alienação parental*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/efeitos_psicologicos_e_juridicos_da_alienacao_parental.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.

CARNEIRO, Terezinha Féres. *Alienação parental: uma leitura psicológica*. In: APASE. Associação de Pais e Mães Separados (Org.). *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA – CFP (2003). Resolução nº 007/2003. Brasília: CFP.

_____. (2012). Resolução nº 017/2012. Brasília: CFP.

_____. (2013). Cartilha de avaliação psicológica. Brasília: CFP.

_____. (2004). Avaliação dos testes psicológicos: relatório. Brasília: CFP.

COSTA, Giselle B. Petri M. *A utilização dos exames de personalidade nos*

- processos penais: a Prova de Rorschach e outras técnicas projetivas. In: RIGONATTI, Sérgio Paulo. *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. São Paulo: Vetor, 2006.
- CUENCA, José Manoel Aguiar. *Síndrome de alienação parental*. Portugal: Almuzara, 2008.
- CUNHA, Jurema Alcides. e cols. *Psicodiagnóstico-V*. 5ed. Porto Alegre: Artmed (2000).
- DANTAS, Stephanie de Oliveira. *Síndrome de alienação parental*. 2011. 59f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Paulista, São Paulo, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- EFRON, A.M. et al. A hora do jogo diagnóstica. In: OCAMPO, M. L. S. *O processo psicodiagnóstico e as técnicas projetivas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014. 6v.
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Síndrome da alienação parental. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v.8, n.40, p.5-16, fev./mar. 2007.
- FREITAS, Douglas Philips. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.
- _____; PELIZZARO, Graciela. *Alienação parental: comentários à Lei nº. 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: direito de família, as famílias em perspectiva constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LASS, Ruth Berenice. *Avaliação de transtornos de personalidade e padrões comportamentais da alienadora parental*. 2013. 90f. Dissertação

(Mestrado em Psicologia) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2013.
MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira. *Alienação parental e sua síndrome: aspectos psicológicos e jurídicos no exercício da guarda após a separação judicial*. Recife: Bagaço, 2010.

MANFREDINI, Vanessa; ARGIMON, Irani Iracema de Lima. O uso de testes psicológicos: a importância da formação profissional. *Revista Grifos*, n 28, jun./2010.

PRIMI, Ricardo. Avaliação psicológica no Brasil: fundamentos, situação atual e direções para o futuro. *Psicologia: teoria e pesquisa*. v.26, 2010. Número especial.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. *Fundamentos da perícia psicológica forense*. São Paulo: Vetor, 2004.

SILVA, Cristina Martins Cunha da. *Compreender para intervir: um estudo sobre a prática alienativa nas varas de família*. 2011. 225f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

SOUZA, Rachel Pacheco Ribeiro de. A tirania do guardião. In: PAULINO, Analdino Rodrigues (Org.). *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

VAZ, C. E. *O Rorschach teoria e desempenho*. São Paulo: Manole, 1997.

XAXÁ, Igor Nazarovicz. *A Síndrome da alienação parental e o Poder Judiciário*. Monografia (Curso de Direito) – Universidade de São Paulo.

A MANIFESTAÇÃO DA ARTE LITERÁRIA NUM CONFRONTO ENTRE MORAL E DIREITO

Janice Oliveira da Silva
Bacharela em Direito

Resumo

Motivada pelas discussões acerca do direito divino (Sagrado) e do direito dos homens (Profano), esta comunicação tem como objetivo, numa leitura preliminar, analisar alguns trechos presentes no conto “A Puta de Deus” (1999), da autora paraibana Janaína Azevedo, que conflituam direito e moral, de acordo com os preceitos teóricos de Durkheim (1996), Gancho (2006), Santos (2007), Barzotto (2001), Venosa (2010), entre outros. Com riqueza de detalhes, erotismo, tensão e conflitos, o texto traz uma ruptura mitológica com a antropomorfização de Deus, evidencia a igualdade dos sexos na medida em que rompe com a submissão feminina, sacraliza o desejo sexual, ironiza o peso da sanção moral e enfatiza a união estável, proporcionando uma reflexão sobre a reconstrução de significados sociais para preservação da dignidade humana.

Palavras-chave: Sagrado. Profano. Direito. Sanção moral.

Abstract

Motivated for discussions among the divine law (Sacred) and the law of men (Profane), this communication aims, in a preliminary reading, has the objective of analyze some of the excerpts present in the narrative "The Whore of God" (1999), the author of Paraiba (Brazil) Janaína Azevedo, which conflict with law and morality, according to the theoretical rules of Durkheim (1996), Gancho (2006), Santos (2007), Barzotto (2001), Venosa (2010), among others. Rich in details, eroticism, tension and conflicts, the text brings a break with the mythological anthropomorphizing of God, highlights gender equality as it breaks with feminine submission, sacralizes sexual desire, mocks the weight of moral sanction and emphasizes the stable, providing a reflection about the reconstruction of meanings society for preservation of human dignity.

Keywords: Sacred. Profane. Law. Moral sanction.

1 Introdução

Normalmente a literatura é entendida como sinônimo de ficção, algo irreal, trabalho de uma mente cheia de imaginação. Contudo, o escritor italiano Umberto Eco diz que a ficção desrealiza o real para criar um novo real

mais seguro, portanto ‘mais real’ do que aquele que se encontrava no ponto de partida. (ECO, 2003, *apud* KRAUSE, 2005, p.23).

Assim sendo, é possível enxergar que os textos ficcionais traduzem as muitas verdades que são apreendidas nas experiências da vida, quer como positivas ou negativas, quer como sagradas ou profanas, quer como certas ou erradas, quer como justas ou injustas. Isso porque, desde os primórdios, a humanidade mantém uma visão dualista na finalização de todas as suas ações.

E, falando em justiça, chega-se ao Direito que há tempos era visto apenas como aplicação de normas, mas que hoje mostra sua grandiosidade como fruto da cultura, como processo histórico, como soma de valores, como ciência e como arte.

Já se tornou um patrimônio do pensamento jurídico universal a ideia de que o direito é um fenômeno complexo, que envolve não somente normas, mas fatos e valores e, portanto, não somente a validade, mas também a justiça e a eficácia concorrem à formação da noção de direito. (BARZOTTO, 2001, p.146).

E nesse fenômeno complexo explicado por Barzotto, pode-se adentrar na arte literária para ver que um escritor, mesmo que inconscientemente, revela elementos e situações dos fatos jurídicos da época abordada. É o brincar com as palavras para codificar o que foi ouvido, vivido e desejado dentro das suas relações sociais.

A compreensão, por exemplo, do que é pecado, seja ele classificado, segundo Ferreira (2001, p.521), como original, venial, capital ou mortal, depende não só das doutrinas¹ religiosas, mas, principalmente, da leitura feita por cada indivíduo. Fato que é ratificado por Sautchuk, quando declara que se deve “ler como um escritor e não somente como um leitor”. (SAUTCHUK, 2003, *apud* PARAÍBA, 2007, p.35). Descobrir a relação entre o contexto da mensagem e o contexto do leitor é discernir, averiguar, criticar, reescrever.

Assim, reescrever sobre o que se tem medo ou fascínio é instigante porque põe à prova todo um acúmulo de conhecimentos psicossocioculturais. São eles que conceituam o desejo, o equilíbrio, o sensual, o normal, o erótico, o pornográfico, o lícito, o ideal; temas que muitas vezes se vestem de preconceitos conflituosos, mas que traduzem os diversos moldes da sociedade.

¹Doutrina como princípio infalível e indiscutível.

Sabendo da riqueza de detalhes, aspectos e critérios que envolvem a análise completa de um texto, é mais salutar considerar que alguns elementos são examinados mais atentamente (opção adotada neste estudo). Destarte, na análise do conto “A Puta de Deus”, presente na obra “Marias”, da autora paraibana Janaína Azevedo (1999), dentro da sua liberdade de expressão, constata-se o conflito entre o que se entende por bons costumes e os avanços evidenciados dentro do ordenamento jurídico, como a ampliação dos direitos da mulher, o peso da sanção moral e o reconhecimento da união estável.

A personagem principal é uma mulher emancipada, conhecedora dos seus direitos, forte o suficiente para vencer preconceitos e lutar pela sua felicidade. Ainda, pegando por empréstimo o sentido da palavra “puta” do vocabulário luso-português, é uma criança que teima em não aceitar verdades prontas, que questiona a conduta humana e proporciona uma reflexão sobre a reconstrução de significados doutrinários para preservação da dignidade humana, ratificando o exposto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011, p. 11):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

A Dignidade da Pessoa Humana rompe barreiras de discriminação, reconstrói objetivos e metas, proporciona uma releitura da finalidade da vida humana, por isso que as transformações sociais evidenciadas atualmente são parte da apreensão do sentido desse princípio maior, razão central da Constituição Brasileira.

Assim sendo, este estudo, através do conto “A Puta de Deus”, pretende analisar o Direito como fruto social, visto que a sociedade é o agente da reconstrução da sua própria história.

2 Sagrado versus Profano

Na evolução humana, esbarra-se na dicotomia imposta pelo pensamento religioso: o Bem e o Mal, como sinônimos para o Sagrado e o Profano. Parece que só existem dois caminhos a seguir, duas formas de pensamento, dois pontos de orientação intelectual.

Ferreira (2001, p.559) alega que profano “é algo que não pertence à religião, leigo, estranho a conhecimentos sobre determinados assuntos”. Daí

ser necessário afastar a ideia culturalmente apreendida de que profano é vulgar, sujo, imundo. Se um ponto de vista não é acobertado por alguma religião, não lhe é crível. Por outro lado, se faz parte dos seus princípios, “é profundamente respeitável e não se pode deixar de cumprir”.

Corroborando, lembra Patias (2007, p. 3) que “normalmente no ser humano não pode haver mistura ou confusão entre esses termos”. O meio-termo é traduzido como falta de amadurecimento ou influência da suposta lavagem cerebral científica. Para tanto, afirma Durkheim (1996, p.51): “o sagrado e o profano foram pensados pelo espírito humano como gêneros distintos, como dois mundos que não têm nada em comum”.

Contudo, adverte Santos (2007, p.1):

O Mal é algo que só se caracteriza graças, primeiramente, a existência do Bem. Porém, ao caracterizar-se, o Mal acaba por caracterizar o Bem, ou seja, caracteriza que o Bem é Bom. O Bem e o Mal são forças que se anulariam caso existisse apenas uma. [...] Essa relação é diretamente proporcional, ou seja, quanto maior for o mal, mais certeza teremos de que o bem é bom. [...] Portanto, o mal caracteriza o bem, mas sua existência depende da prévia existência do bem.

A citação acima contraria o que se aprende em salas de aula, nas igrejas ou no ambiente familiar, que é o fato de ter o Bem representado por Deus (o divino, sagrado) e o Mal, por Satanás. Este aproxima o homem do que é profano, “contrário ao respeito devido a coisas sagradas”. (FERREIRA, 2001, p.559).

Considerando, pois, a afirmação de Santos (2007), acima mencionada, é o profano que caracteriza o sagrado, ou seja, é Satanás que caracteriza a existência de Deus. A existência de Satanás é subordinada à existência de Deus, afinal, este é o criador universal, de acordo com Isaías, 45:5-7a:

Eu sou o Senhor, sem rival, não existe outro Deus além de mim. Eu te cingi, quando ainda não me conhecias, a fim de que se saiba, do levante ao poente, que nada há fora de mim. Eu sou o Senhor, sem rival; formei a luz e criei as trevas [...]. (BÍBLIA, 1987, p.1000).

De acordo com os escritos bíblicos, Deus é o criador do mundo e é distinto do universo. Depois de observar a negligência humana, responde com uma aliança, não mais com a humanidade inteira, mas com o povo liderado por Abraão. Mais tarde, escolhe Moisés para libertar os hebreus (seu povo) do poder egípcio. E assim, a visão teocêntrica é transmitida entre as gerações: Deus é o centro do universo e de todas as coisas existentes.

No sagrado tradicional existe uma sacralização de um “centro organizador” exterior (Deus, Cosmos, Natureza, Sociedade, etc.), o qual poderia ser graficamente representado por uma circunferência sobre a qual se alinham os “eus” individuais que reverenciam o centro e que estão distanciados sacrificialmente em relação a ele. (ANES, 2003, *apud* PATIAS, 2007, p.4).

A crença nesse “centro organizador”, explicado por Anes, vai sofrer uma profunda mudança com a chegada do Renascimento. O mundo antes limitado passa a ampliar seus horizontes com a descoberta de novas terras, invenções tecnológicas, perspectiva linear na pintura etc. A astronomia, que antes não passava de apenas um campo de investigação científica, agora se concentrava em mensurar o mundo e estabelecer a posição da humanidade dentro dele.

No sagrado moderno, verifica-se uma diminuição do poder (sagrado) do centro organizador de cada sociedade. Contribuíram para esta situação o avanço das explicações científicas e a perda do poder e do prestígio das instituições religiosas, que eram os únicos “centros organizadores” na sociedade. Contribuíram, também, o surgimento de vários centros organizadores (religiosos, científicos, políticos, sociais, inclusive a mídia) em consequência mútua, uns com os outros, como “modelos” e “germes” do sentido do mundo. O ser humano passou a ter com todos eles, pequenas distâncias sacrificiais. (ANES, 2003, *apud* PATIAS, 2007, p.4).

Pensadores, tais como o erudito inglês Roger Bacon (1214 - 1294) ? que destacou o papel fundamental do raciocínio indutivo e da experimentação ? , desafiaram a autoridade divina em relação ao mundo laico e propagaram que o homem deveria ser senhor do próprio destino, fato que serviu de base para o mundo moderno.

[...] um novo (velho) centro organizador que é o “eu individual”, passa da periferia da circunferência para o seu centro, enquanto que os centros organizadores passam a gravitar ao seu redor. [...] Deste modo, depois da decomposição do religioso que conduziu a uma diminuição da intensidade do(s) centro(s) sagrado(s) sacrificiais, veio uma recomposição do religioso (sob outro aspecto), na qual o ser humano passou a ser o centro de um novo sagrado (pouco ou não sacrificial).

Isso representa uma mudança de paradigma, uma vez que a verdade das religiões sofreu uma fragmentação em muitas pequenas verdades individuais. (ANES, 2003, *apud* PATIAS, 2007, p.4)

E nessa fragmentação de pequenas verdades, a escritora Janaína Azevedo já demonstra na intitulação do conto a forte presença de uma de suas Marias² - Adélia Prado (2003) -, a qual brinca com algumas “certezas” religiosas, antropomorfiza Deus, liberta a mulher de seus estereótipos e preconceitos, e climatiza a eroticidade feminina como resultado de conflitos e paradoxos. Como visto tantas vezes nas obras de Adélia, o título “A Puta de Deus” se constitui num emblema do próprio texto.

O fato de ter posto, no título, os nomes “Puta” e “Deus” com iniciais maiúsculas cria, talvez, o maior de todos os conflitos por sugerir que o Profano e o Sagrado estão num mesmo grau de valor. Também, a presença da preposição “de” entre os nomes supracitados ratifica a ideia de que há uma ligação direta entre os dois termos, corroborando, assim, com as palavras de Santos (2007), quando afirma que só existe um único criador - que é Deus -, e Ele é, por isso, o criador do mal. Então, a Puta provém de Deus, é parte de sua criação.

3 Moral versus Direito

O enredo estudado pode, conforme a professora e pesquisadora literária Cândida Vilares Gancho (2006), ser dividido em quatro partes psicologicamente conflitantes: Exposição, Compilação, Clímax e Desfecho.

Na Exposição, tem-se a apresentação da personagem principal e do seu encontro com Deus antropomorfizado. O direito divino dá espaço ao direito racional. Deus não é mais um ser inatingível; é homem e vai atrás da mulher desejada. Não há mais a submissão histórica desta, enfatizando, implicitamente, a igualdade dos sexos, prevista no art. 5º da Constituição Federal (1988): “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. (BRASIL, 2011, p. 13).

Expõe o primeiro parágrafo do conto em estudo:

Quando Deus foi me procurar, eu estava bêbada em mesa dos homens.
Mesmo assim, Ele me pegou no colo, elevando-me a nobres altares.
Eu, a puta de Deus segui contente, alturas tantas! Deitei na cama macia
d’Ele. Senti trêmula e palpitante a rija carne de Seu santo espírito.
Molhei-me de Deus. Ganhei diademas de ouro sagrado, brindei os
mais saborosos vinhos com Ele (ha, quão eterna delícia a solidão

²Expressão presente na dedicatória da obra “Marias”.

perfeita com Deus!). Tão eterna, que enquanto o Senhor se banhava, desci e vim me faltar de novo na mesa dos homens: prazeres e delícias ao som maravilhoso dos salmos do pecado. (AZEVEDO, 1999, p. 31).

Por outro lado, o texto, na medida em que apresenta um Deus antropomorfizado, enfatiza o *status* da puta como amante da maior autoridade local, o que permite que ela possa quebrar todas as regras sociais, sem sofrer quaisquer danos, porque o grande Senhor a procura e a deseja de tal modo que perdoa quaisquer dos seus atos, mesmo que seja “se faltar de novo na mesa dos homens” (traí-lo), e isso a torna superior, sempre protegida, supostamente a mais importante entre todas as outras fêmeas.

Na Compilação, observa-se a eroticidade feminina aproximando sexualidade e religião. Retoma o marco histórico do movimento feminista na década de 60 ? a liberação sexual ? , ao mesmo tempo em que aproxima palavras de caráter antagônico (roubaram-me / com tal respeito) para gerar um novo efeito (releitura): a mulher como “sedutora” (ré), não mais como “seduzida” (vítima):

Cá embaixo, roubaram-me manto, véu, diadema de ouro. Puseram-me escarlate batom. Abriram generosas fendas em minhas vestes – tudo com tal respeito! Cantei e dancei para todos. Bêbeda, de novo bêbeda, sonhei alvura dos lençóis divinos. Dormi assim, toda bêbeda e toda linda no meio da rua: nua de Deus.

Muitos foram os homens que me olharam, olhos de carne nos olhos da carne, mas não me tocavam mais (eu era agora, a linda e louca puta de Deus – escarneciam esses ímpios). Mas bem que ajuntou gente, quando aquele vulto chegou-se a mim e, em voz de filete d’água fria, disse-me:

? “Já recobri a minha cama com acolchoados, com lençóis de linho fino do Egito. Já perfumei o meu leito com mirra, aloés e canela. Vem, saciemo-nos de amores até a manhã, alegremo-nos com amores”.

Mas eu, entre lisonja e temor, respondi-lhe:

? Meu Senhor, Tua puta sente falta dos regozijos dos homens, das santas farras, deles, do profano vinho. “E os que me buscarem, cedo me acharão”, bem sabes Tu.

Eis que Deus então me segurou o queixo e mirou-me fundos olhos:

? “És apenas mulher louca, a Alvoroadora: de nada sabes”. Mulher que se mulheriza em vão. (AZEVEDO, 1999, p. 31).

No clímax, há o ápice do deleite, o gozo do equilíbrio entre o profano e o sagrado. A sacralização do coito em defesa dos direitos sexuais (defesa está presente na pauta de reivindicação do movimento feminista na segunda

metade do séc. XXI), deixando subentendido o que está previsto no art. 21 do Código Civil (BRASIL, 2002): “A vida privada da pessoa natural é inviolável [...]”.

Pensei: “Deus fala bonito!”. De repente, todo o meu corpo clamava seus louvores, ardia na esperança do fogo desse inferno de Deus. Aí, cheguei-me para Ele e o beijei: Sua divina boca então se pôs rubra do meu prostituto batom, Puta vaidosa – Deus me elegeu. Assim, ante a multidão afoita, jurei a meu amante que haveria de consumir toda a carne do meu corpo e do meu espírito, em oferendas a Ele. (AZEVEDO, 1999, p. 32).

E no desfecho, evidencia-se perplexidade e ironia no povo dito sacro, diante da escolha de Deus, o antagonista, vilão em sua escolha. Provoca uma reflexão sobre os valores que vão sendo apreendidos ao longo da vida. Por isso, vale ressaltar o que diz o professor Venosa (2010, p. 210): “O domínio dos valores pressupõe escolha de um caminho, atribuição de um qualificativo, uma seletividade, ou seja, uma tomada de posição.” Assim, encerra o conto: “O povo, agora perplexo e sacro, batia palmas e gritava vivas, trazia-me véu, jogava-me arroz. Procurava juiz. Mas, quanto a mim: não me quis casar não. Porque adoro dizer (salivada boca): ? Sou eu, a puta santa de Deus.” (AZEVEDO, 1999, p. 32).

Constata-se que a autora evidencia a liberdade enquanto direito à escolha de uma união não oficializada em Cartório, enquanto ironiza implicitamente as tradições sociais apreendidas dos discursos religiosos. Na colocação implícita do Concubinato, parece gritar: “Venci a Igreja”, em outras palavras, “o Direito superou os aspectos morais”.

Para tanto, vale ressaltar o que ensina o professor Venosa (2010, p.181):

O agir, a conduta sob a vertente jurídica, projeta-se na sociedade. No campo da moral, a conduta do indivíduo importa principalmente para si mesmo, embora tenha quase sempre o crivo social. Tanto a Moral como o Direito representam a ação, o agir no mundo da cultura. Existe, portanto, um sentido ético tanto no Direito como na Moral. Há destarte, duas esferas de ação a serem consideradas: a ação sob o prisma moral e a ação sob o prisma jurídico.

O autor adverte que “a Moral de um povo nunca pode ser vista distante do conteúdo histórico: o que é de acordo com a moral hoje poderá não ter sido ontem e poderá não tê-lo [*sic*] no futuro”. (VENOSA, op. cit.).

Em continuidade à análise do texto, conforme Gancho (2006), observa-se predomínio do discurso direto, sem época ou duração especificadas, o narrador/protagonista, revestido de alma feminina anti-heroica, exhibe características físicas, psicológicas, sociais, ideológicas e morais.

Em relação às características físicas, o oferecimento do próprio corpo remete ao texto bíblico do livro de Gênesis (3:6), no qual Eva, tentada pela serpente, oferece o fruto proibido a Adão, que o come igualmente. (BÍBLIA, 2000, p. 5). Numa outra leitura, o beijo dado em Deus faz paralelo com o beijo de Judas do livro bíblico Matheus (26:49). (Ibid., p. 5). Logo, a personagem deixa para imaginação dos seus leitores a seguinte indagação: seu beijo é tentação, traição ou direito (numa suposta retomada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana)? (CF/1988, art. 1º, III). Diz o texto: “[...] Aí, cheguei-me para Ele e o beijei: Sua divina boca então se pôs rubra do meu prostituto batom, Puta vaidosa...”. (AZEVEDO, 1999, p. 32).

Nas transformações psicológicas, antes, era a mulher conduzida pela mão masculina, por suas escolhas machistas, mas, hoje, invade o espaço dos homens, destruindo preconceitos, reconstruindo condutas, porque consta na Carta Magna a igualdade de direitos: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” (CF/88, art. 5º, I). (Op. cit.).

A Puta do conto tem um vocabulário digno de uma dama, por ser uma mistura de conhecimento, suavidade e poesia: “molhei-me de Deus” substitui “gozei” ou expressões chulas; há alma feminina num dizer originariamente masculino. Por outro lado, utiliza-se da expressão “tão eterna” com nuances de ironia para demonstrar que há necessidades intrínsecas ao ser humano.

Quando Deus foi me procurar, eu estava bêbada em mesa dos homens.
Mesmo assim, Ele me pegou no colo, elevando-me a nobres altares.
Eu, a puta de Deus segui contente, alturas tantas! Deitei na cama macia d’Ele. Senti trêmula e palpitante a rija carne de Seu santo espírito.
Molhei-me de Deus. Ganhei diademas de ouro sagrado, brindei os mais saborosos vinhos com Ele (ah, quão eterna delícia a solidão perfeita com Deus!). Tão eterna que, enquanto o Senhor se banhava, desci e vim me faltar de novo na mesa dos homens: prazeres e delícias ao som maravilhoso dos salmos do pecado. (AZEVEDO, 1999, p. 31).

Na visão social, dentre as possíveis leituras, pode-se enfatizar que aquela que, por viver do ou para o sexo (vista pela sociedade como inferior), agora tem seu valor humano reconhecido. Isso cria um paralelo com a frequência de violência ocorrida contra prostitutas, gays, lésbicas, travestis,

transexuais etc., por não terem, em dados momentos, seus direitos socialmente respeitados. Ressalta-se, pois, o previsto no art. 5º, XLI, da CF/1988: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. (Op. cit.).

A mesma frase tem conotação psicológica na medida em que relaciona o gozo entre partes divergentes ou, ainda, por conservar implicitamente a cultura apreendida do homem como o chefe (aquele a quem se segue). Todavia, mais adiante, a obra brinca com o trecho bíblico de Lucas 7:37-38 (BÍBLIA, 2000, p. 90-91), já que não é a mulher que traz o vaso com perfume; é Deus que, diante dos ímpios, assume essa posição (servil).

Muitos foram os homens que me olharam, olhos de carne nos olhos da carne, mas não me tocavam mais (eu era agora, a linda e louca puta de Deus – escarneciam esses ímpios). Mas bem que ajuntou gente, quando aquele vulto chegou-se a mim e, em voz de filete d’ água fria, disse-me: ? Já recobri a minha cama com acolchoados, com lençóis de linho fino do Egito. Já perfumei o meu leito com mirra, aloés e canela. Vem, saciemo-nos de amores até a manhã, alegremo-nos com amores. (AZEVEDO, 1999, p. 31).

Em relação às convicções ideológicas, a narrativa apresenta uma mulher insensata, indisciplinada ou errante? Também é possível atribuir-lhe mais um sentido com o verbo “alvorçar”, indicando “entrar a fêmea no cio”. (FERREIRA, 2001, p.36). Pode a personagem ver-se apenas puta, gostar de o ser? O art. 5º, VIII, da CF/88, responde: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política [...]”. (BRASIL, 2011, p. 13). Cita o texto: “ És apenas mulher louca, a Alvorçadora: de nada sabes”. (AZEVEDO, 1999, p. 32).

Nos aspectos morais, a alegria da personagem em ver-se (sentir-se) aceita, tal como era por Deus, em mirar-se com beleza personificada de Sabedoria, diante da perplexidade de um povo (religioso) preconceituoso (condutor de regras morais), superpõe o texto da Bíblia, Jo 8:7b, sobre a mulher adúltera, em que Jesus argumenta: “Quem de vós estiver sem pecado, seja o primeiro a lhe atirar uma pedra.”. (BÍBLIA, 2000, p. 138).

Ainda, o fato de não querer casar, remete ao art. 226, §3º, da Carta Magna (BRASIL, 2011): “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Diz o conto: “O povo, agora perplexo

e sacro, batia palmas e gritava vivas, trazia-me véu, jogava-me arroz. Procurava juiz. Mas, quanto a mim: não me quis casar não.” (AZEVEDO, p. 32). Quem se atreve, pois, a condenar a “Puta de Deus”?

Como o Direito é fruto da sociedade, as mudanças evidenciadas no texto legal retratam tão somente um outro estágio comportamental dos indivíduos. O Direito reconheceu uma experiência comum no meio social. Isso porque considerou o já citado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Estar casado adquire um sentido mais subjetivo.

A narrativa, portanto, apesar de conversar continuamente com textos bíblicos, numa dicotomia entre os desejos da carne e os do espírito, reafirmando o gosto pelas obras da escritora Adélia Prado (2003), trazendo, de certa forma, poesia para o conto - com cadência: “Eu, a Puta de Deus segui contente, alturas tantas!”; metáforas: “Molhei-me de Deus”; e oximoros: “Sou eu, a puta santa de Deus” -, traz questionamentos importantes da conduta humana sob a vertente jurídica, o que não torna a leitura um ato enfadonho.

E como não se surpreender com uma mulher que afirma que “seu corpo arde na esperança do fogo desse inferno de Deus, seu amante é Deus, e sua boca saliva quando diz que é a puta santa de Deus?” A personagem, nesse instante, aflora uma outra Maria da autora³ - Hilda Hilst (2002) -, que falou sobre o grande misticismo de Deus, além de traduzi-lo como o “Grande Intestino”. Parece que Hilda e Janaína desbravaram matas e, por conseguinte, fizeram-no com o próprio Deus: “Porque adoro dizer (salivada boca): sou eu a puta santa de Deus”. (AZEVEDO, 1999, p. 32).

A saliva, dentro de um ambiente cheio de tensão e conflitos, pode ser lida de acordo com os postulados do fisiologista Ivan Petrovich Palov (1972) sobre reflexos digestivos. Ele verificou que não só a comida na boca do cão provocava salivação. Se houver comparação (mesmo compreendida como grotesca, pejorativa) da puta (personagem) com uma cadela, obtém-se o mesmo resultado: sua boca não saliva por comida. É possível até complementá-lo: a boca não saliva só por comida, porque “uma pequena parte do universo está contida dentro da pele de cada um de nós” (SKINNER, 1982, p.23).

4 Considerações finais

O conto “A Puta de Deus” consegue migrar da ficção à realidade do leitor, por mexer de forma tão bem balanceada com os desejos mais secretos, íntimos ou psicológicos. É possível sentir e respirar junto com a “puta”, ou seja, verificar

³Expressão presente na dedicatória da obra “Marias”.

que o erotismo é inato à condição humana. Não é uma questão de corromper valores morais, mas reafirmar que o ser humano é processo, continuação e, como tal, carece ver-se no seu conjunto interdependente - corpo, mente, espírito. A “puta” não é só corpo, e o sexo não nasce e morre neste.

O sagrado e o profano são tratados como resultado da reaprendizagem do que nos foi ensinado culturalmente, em palavras milimetricamente dosadas de excitação. Só a arte para fazê-lo! A literatura, portanto, é capaz de quebrar tabus e regras sociais, para reconstrução de valores dentro do Princípio da Dignidade Humana, essência maior da Constituição da República Federativa do Brasil.

A narrativa pode apaixonar o leitor pela sensualidade exalada - tendência “Adeliana” -, ao mesmo tempo em que provoca, polemiza, instiga a refletir sobre o amor lúbrico, sobre os valores morais preconcebidos, sobre os direitos constitucionais, sobre a manifestação de pensamento, sobre a liberdade, sobre o respeito, sobre si mesmo.

A própria Adélia Prado (2003), “uma Maria tão presente nesta obra”, poderia gostar de ver, na “Putas de Deus”, a idealização em prosa de grande parte dos seus versos e, assim, reinventar, em sua “Bagagem”, o poema “A Serenata”, alertando que, na inquietude feminina à espera do amor, há momentos em que “ou se vira santa ou puta”.

Referências

AZEVEDO, J. *Marias*. João Pessoa: Universitária, 1999.

BARZOTTO, L.F. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução do Centro Bíblico Católico. 57. ed. São Paulo: Ave Maria, 1987.

_____. *A Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed., em letra grande. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BRASIL. Código civil (2002). *Código civil brasileiro e legislação correlata*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 2011.

DURKHEIM, É. *As formas elementares da vida religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FERREIRA, A.B.H. *Miniaurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GANCHO, C.V. *Como analisar narrativas*. 9. ed. São Paulo: Ática, 2006.

HILST, Hilda. *Cartas de um sedutor*. São Paulo: Globo, 2002.

KRAUSE, G.B. (Org.). *Literatura e ceticismo*. São Paulo: Annablume, 2005.

PATIAS, J.C. O sagrado e o profano: do rito religioso ao espetáculo midiático. In: Seminário comunicação na sociedade do espetáculo, 2., 2007, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Faculdade Cásper Líbero, 2007.

PARAÍBA. Secretaria de Estado da Educação e Cultura. *Linguagens, códigos e suas tecnologias*. João Pessoa: A União, 2007.

PAVLOV, I. P. *Reflexos condicionados e inibições*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

PRADO, A. *Bagagem*. São Paulo: Record, 2003.

SANTOS, R.B. *Satanás nunca foi Lúcifer: a verdade sobre a origem do mal*. 2007. Disponível em:< <http://www.webartigos.com/artigos/satanas-nunca-foi-lucifer-a-verdade-sobre-a-origem-do-zal/49549/#ixzz1VKNIO5FI>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

SKINNER, B.F. *Sobre o behaviorismo*. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1982.

VENOSA, S.S. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ATENDIMENTO HUMANIZADO: PRÁTICA DE HOMENS QUE SABEM SER HOMENS

Janice Oliveira da Silva
Bacharela em Direito

Resumo

Sabendo que as transformações sociais advêm de um processo de sucessiva aprendizagem de condutas comportamentais, pareceu ser particularmente oportuno considerar o aprofundamento do estudo do Direito como fruto das especificidades culturais de cada sociedade, para reflexão das relações de poder que esfacelam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por desrespeito à etnia, à situação econômica, à idade, etc. Para tanto, este estudo utilizou dados históricos da cidade de Areia-PB, no século XIX, com o objetivo de demonstrar a importância do Atendimento Humanizado nos diversos setores do Direito - das faculdades jurídicas às áreas de atuação em fóruns ou ministérios públicos, visto que, por mais que os processos somem volumes de papéis, as demandas jurídicas tratam conflitos de seres humanos, quer como agentes causadores de algum dano, quer como vítimas de algum mal provocado por outrem. Assim sendo, com base, pois, nos preceitos teóricos de Viñar (1989), Portela (2010), Comparato (2010), Castro (2014), dentre outros, optou-se por promover uma reflexão, através do resgate de alguns trechos da história de Areia-PB, que conserva mecanismos de realimentação de um direito autoritário, para sugerir, através dos dados coletados, que a aplicação de um atendimento humanizado dentro do âmbito jurídico - dando condição de que todos os indivíduos possam ser tratados como pessoas, como seres humanos, como homens ou mulheres que são partes de uma memória coletiva - é a afirmação de fato e de direito de que somos da subespécie *Homo sapiens sapiens*, sabemos que sabemos ser homens.

Palavras-Chave: Direito autoritário. Atendimento humanizado. Dignidade.

Abstract

Knowing that social transformations come from a process of successive learning of behavioral behaviors, it seemed to be particularly opportune to consider the study of Law as a fruit of the cultural specificities of each society, in order to reflect on the relations of power that crumble the Principle of the Dignity of the Person Human, for disrespect to the ethnic group, the economic situation, the age, etc. In order to do so, this study used historical data from the city of Areia-PB, in the 19th century, with the objective of demonstrating the importance of Humanized Attendance in the various sectors of Law - from the juridical

faculties to the areas of activity in forums or public ministries, since, despite the fact that the processes add volumes of paper, legal demands conflicts of human beings, either as agents causing some damage, or as victims of some harm caused by others. Thus, based on the theoretical precepts of Viñar (1989), Portela (2010), Comparato (2010), Castro (2014), among others, it was decided to promote a reflection, through the rescue of some parts of the history of Areia-PBm which preserves mechanisms of feedback of an authoritarian right, to suggest, through the collected data, that the application of a humanized service within the juridical scope - providing that all individuals can be treated as people, as beings human beings as men or women who are part of a collective memory - is the fact and lawful claim that we are of the subspecies *Homo sapiens sapiens*, we know that we know how to be men.

Keywords: Authoritarian law. Humanized service. Dignity.

1 Introdução

Falar em Areia, uma das 223 cidades paraibanas, constituída sob as asas do Brasil Império, ocupante de uma área territorial de 266,596 km², conforme dados¹ do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), é rememorar aspectos importantes da história nacional, imortalizados em casarios, costumes, sobrados, crenças, engenhos e mausoléus que reafirmam um poder pautado em raízes escravagistas: de um lado, o “mando”; e do outro, a “servidão”, frutos de um Direito Autoritário.

Nessa falta de beleza da escravidão - porque senzalas não causam alegria, logo, definitivamente, não são algo inteligente -, propagou-se a ideia feudalista de que o dono da terra detinha o poder absoluto, no exercício do que entendia ser “fazer justiça”, fazendo com que alguns areenses - tratados com títulos de “major”, “coronel” ou “doutor” - fossem bastante temidos. De modo semelhante aos sistemas judiciários da Europa Medieval, utilizavam-se de instrumentos de tortura (chicote, estupro, afogamento, fornalha...) para calar a voz e a força daqueles que os “incomodavam”.

Essa prática punitiva ilegal, mas tão comum à época, fez enxergar que o torturado - como um boi levado ao matadouro para alimentar a fome de homens ávidos pela carne dele - sacia o suposto desejo de “fazer justiça” do seu torturador, através da destruição completa da sua própria dignidade. E essa tortura -que não tem um tempo definido para cura - assume a forma de uma ferida que se alastra e alcança toda a humanidade.

¹ Estimativa 2015 IBGE.

Juntando, pois, pequenos fragmentos dessa memória coletiva, é mister considerar que a falta de humanização nos procedimentos jurídicos propaga a violência. Daí ser tão importante compreender o porquê de se falar em Atendimento Humanizado nos ambientes jurídicos, os quais recebem também, todos os dias, pessoas carentes de alimento, de afeto, de respeito e de paz. Quantas informações truncadas provindas de servidores que, por esquecimento talvez das suas obrigações e responsabilidades, fazem com que essas pessoas caminhem de setor a setor, sem qualquer solução ou andamento processual plausível para o caso concreto!

Assim sendo, este estudo ratifica as palavras defendidas pelo advogado José Antônio de Maria Ibiapina (1838), acrescentando que não apenas os réus, mas quaisquer pessoas que necessitem de atendimento nos ambientes jurídicos têm o direito de ser tratadas com humanização, a qual, para ser aplicada, exige conhecimento, ética e boa vontade.

2 Da terra das cigarras à morada do vento frio

A história ensinada na cidade de Areia-PB, que se localiza a 122,5 km de distância da Capital paraibana, informa que o seu primeiro habitante foi o português Pedro Bruxaxá, do qual se cita apenas que era dono de um curral e de uma estalagem para os viajantes, visto que o local era rota de passagem entre o sertão e o litoral. O sobrenome “Bruxaxá” seria um apelido provindo da sua amizade com os antigos nativos da localidade.

Ressalte-se que, apesar de o etnólogo José Elias Barbosa Borges fazer referência, num ciclo de debates do IHGP (Instituto Histórico e Geográfico Paraibano), do termo supracitado como de origem francesa, relacionado ao nome de Pedro *Bruhaha*, fundador do município de Areia, nenhuma fonte foi apresentada que comprove a veracidade do fato abordado.

Essa ocupação do sítio areense se dá entre 1701 a 1800 e representa um período que define o local através da instalação da atividade agrícola, que ganha propulsão até o século XIX, com a implantação de engenhos e fazendas que contribuem para o seu desenvolvimento. Todavia, esse crescimento econômico fez “esquecer” os habitantes nativos, ditos índios “Bruxaxá”.

Na virada para os oitocentos, Areia era uma aglomeração urbana pontualmente edificada, restrita aos arrabaldes da hospedaria para viajantes, no setor Leste do atual centro urbano, possivelmente composta por pouco mais de uma centena de pessoas. Os viajantes e comerciantes que se estabeleceram na região tiveram papel determinante para o desenvolvimento urbano futuro (MUMFORD, 2004, pp.111-112).

Apesar de a história contada enfatizar a importância da hospedaria para a ascensão local, é importante considerar que o povo nativo da região já havia edificado um tesouro de grande valor. No entanto, a cidade, que posteriormente construiu museus, “esqueceu” que não tinha apenas as cores dos pincéis de Pedro Américo e a repercussão literária da obra “A Bagaceira”, de José Américo de Almeida, em sua bagagem cultural.

Por isso, lembra Brito & Oliveira (2013), na Revista Eletrônica do Laboratório de Arqueologia e Paleontologia da UEPB (Universidade Estadual da Paraíba), *Tarairiú*, que o termo “Bruxaxá” denominava o brejo ao norte do rio Araçagi. É uma palavra hápax, provavelmente de origem *macro-jê*, que gerou muitas contradições em suas traduções, fato comprovado na própria tradução do termo feita pelo advogado areense Horácio de Almeida que, devido à sua produção historiográfica, ficou conhecido como historiador.

O advogado Horácio traduziu o citado termo através da língua tupi, afirmando provir da tribo tapuia, habitante local, e que o termo era uma onomatopeia designativa do canto da cigarra, onde “bu” significava olho d’água, manancial ou brejo, e “xaxá” significava voz imitativa do canto da cigarra. (ALMEIDA, 1978, p. 283). Daí, acreditou-se que Areia era a “terra onde cantam as cigarras”. Contudo, embora muitos areenses tenham podido apreciar, principalmente nas décadas passadas, o canto do inseto que produz o som que marca mais de cem decibéis, não existe a palavra “xaxá” na língua tupi.

Logo, Brito & Oliveira esclarecem (2013):

(...) Contudo, esquecem ou desconhecem que a língua tupi tem o termo *iakirána* para definir cigarra e, portanto, não seria necessária uma alusão onomatopeica para referenciar este inseto homóptero. No tupi, quando se denominava alguma coisa por alusão onomatopeica, o termo ficava exclusivo como definidor, como é o caso do bem-te-vi, que eles denominavam de pitanguá (imitação do canto), e não havia outro definidor. Vale salientar também que, além de não haver os termos xaxá, ça-çá ou cha-chá no tupi, também não existe em qualquer dicionário tupi outra definição para cigarra senão as variantes: *iakirán*, *yeki*, *nhakirã* e *iakirana*.

Já com relação à afirmação do escritor Horácio de Almeida, olho d’água ou manancial em tupi é *yecobé*, e a língua tupi não tem nenhum termo conhecido para definir brejo. O termo *bu*, em tupi, quer dizer barulho, estrondo. Portanto, a versão oficial de que bruxaxá traduziria como ‘o brejo onde canta a cigarra’, apesar de ser muito bonito, é de fundamentação falha. (BRITO & OLIVEIRA, 2013, p.125).

Essa errônea tradução pode ser facilmente compreendida se for considerada a grande quantidade de estudantes que imagina que os índios brasileiros, na época do descobrimento, falavam “tupi-guarani”. Essa ideia de língua geral indígena foi criada e imposta pelos jesuítas através de uma adaptação das variações gramaticais das duas línguas distintas, causando, posteriormente, a morte tanto da língua tupi quanto da língua guarani. Para essa adaptação linguística, foram acatados os estudos gramaticais da língua tupi elaborados pelo padre José de Anchieta e da língua guarani feitos pelo padre Antônio Ruiz de Montoya.

Impende destacar o que diz Fábio Konder Comparato (2010, p. 30) sobre a situação dos nativos na época da colonização:

Ao se iniciar a colonização moderna com a descoberta da América, grande número de teólogos sustentou que os indígenas não podiam ser considerados iguais em dignidade ao homem branco.

Infelizmente, até os dias atuais, muitos brasileiros conservam o aprendizado do índio como um ser preguiçoso, ignorante, primitivo, e ficam surpresos quando se deparam com indígenas em faculdades ou exercendo cargos políticos. Em Areia, não é diferente, visto que a imagem do índio é trabalhada tão somente no dia 19 de abril, quando pintam o rosto das crianças nas escolas e as coroam com duas penas feitas de cartolina, e, na época do Carnaval, quando há o desfile de um antigo bloco carnavalesco que tenta perpetuar as características dos seus ancestrais.

Logo, descartando a ideia simplista de traduzir os vocábulos indígenas aos olhos do tupi, deve-se observar que o período dos registros históricos referentes ao lugar denominado como “Sertão do Bruxaxá” coincide com a chegada dos índios Sucuru, de etnia Tarairiú, àquela região.

Brito & Oliveira (Op. cit., p. 127) explicam ainda que

O pouco que restou da língua falada pelos sucurus é um pequeno vocabulário coletado por Kurt Nimuendaju entre os remanescentes sucurus da aldeia de Cimbres, município de Pesqueira, no estado de Pernambuco. O vocábulo foi um pouco aumentado posteriormente por Geraldo Lapenda que, em 1962, publicou um livrinho de 23 páginas.

Os referidos autores acreditam, então, que o termo “bruxaxá”, pela semelhança dos padrões léxicos da língua falada pelos “sucurus”, tem como possível tradução “bru-xuá-xiá”, que significa “morada do vento frio”, versão

que pode ser ratificada pela fato de os citados índios terem saído de um lugar quente e seco (Aldeia de Ararobá) para a cidade de Areia, caracterizada pelo clima ameno, com um friozinho que favorece a publicidade daqueles que a reduzem à “terra da cachaça”.

Embora com todos os avanços observados pós-Constituição de 1988, que dispõe no *caput* do artigo 231: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”, a cidade tratada como a primeira elite paraibana não tem um estudo mais aprofundado sobre os “Bruxaxá” para os seus estudantes ou para os turistas que a visitam e desejam conhecer um pouco mais do patrimônio nacional, e, em muitas escolas, pluralizam termos indígenas (“os bruxaxás”), demonstrando claramente que desconhecem ou não valorizam as línguas daqueles que, entre outras coisas, ensinaram o brasileiro a tomar banho todos os dias, diferentemente do costume europeu.

Assim, Areia dá continuidade ao tipo de ensino implantado no Brasil Colônia, quando a Igreja decidiu que os índios precisavam ser catequizados, impondo, inclusive, a retirada do seu *habitat* natural para aldeias controladas pelos padres jesuítas. Por isso, da mesma forma que a geração atual da localidade desconhece os costumes, a língua, as crenças e as tradições da tribo Bruxaxá, embora a cite como povo nativo do local, a grande maioria dos brasileiros sequer é estimulada a buscar informações sobre o “genocídio brasileiro”, que já dizimou grande parte da população nativa.

Ressalte-se que grande parte das faculdades jurídicas brasileiras sequer aborda em suas aulas questões como a pressão do Ministério Público e de especialistas para o arquivamento da construção da hidrelétrica de São Luiz do Tapajós, na véspera das Olimpíadas do Rio de Janeiro, a qual poderia ter destruído parte da floresta dos índios Mundurucu, ou o fato de os grupos indígenas brasileiros estarem mais ameaçados hoje do que nos anos 80, conforme avaliação da ONU (Organização das Nações Unidas):

Quem faz o alerta é a Organização das Nações Unidas (ONU) que, em um informe publicado nesta quinta-feira (1º), aponta que, até mesmo o número de assassinatos de líderes indígenas, subiu de 92, em 2007, para 138, em 2014. ‘Hoje, os povos indígenas encaram riscos mais profundos que no momento da adoção da Constituição em 1988’, alerta a entidade. O informe foi produzido pela relatora da ONU para os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz. (*Apud* CHADE, 2016, p.1).

O alerta da ONU confirma as palavras de Fábio Comparato, (2010, p. 552):

Para conjurarmos o risco de consolidação da barbárie, precisamos construir urgentemente um mundo novo, uma civilização que assegure a todos os seres humanos, sem embargo das múltiplas diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, o direito elementar à busca da felicidade.

Lamentavelmente, o direito à busca da felicidade é algo bem distante da realidade dos povos nativos, cada vez mais “engolidos” pelos avanços dos ditos civilizados. Por isso, os primeiros habitantes do Brasil estão ficando cada vez mais “esquecidos”, como se não fossem sujeitos construtores do Patrimônio Nacional, quer sejam os Aimoré, os Akuntsu, os Anambé, os Apiacá, os Apinayé, os Apurinã, os Arara, os Araweté, os Ashaninka, os Asurini, os Atroari, os Avá-Canoeiro, os Awá-Guajá, os Baniwa, os Bororo, os Caeté, os Carijó, os Deni, os Enawenê Nauê, os Fulni-ô, os Gavião, os Guarani, os Hixkaryana, os Hupda, os Ikpeng, os Jamamadi, os Jarawara, os Juma, os Juruna, os Kaapor, os Kadiwéu, os Kaingang, os Kalapalo, os Kamayurá, os Kambiwá, os Kanela, os Karajá, os Karipuna, Kariri-Xocó, os Karitiana, os Katukina, os Kaxarari, os Kaxinawá, os Kayapó, os Krahô, os Kuikuro, os Kulina, os Makuxi, os Mamaindé, os Marubo, os Matis, os Matipu, os Maxakali, os Mayoruna, os Mehinako, os Munduruku, os Nadëb, os Nambikwara, os Palikur, os Pankaru, os Pareci, os Pataxó, os Potiguara, os Rikbaktsa, os Sateré-Mawé, os Suruí, os Suyá, os Tabajara, os Tamaio, os Tembé, os Temiminó, os Tenharim, os Terena, os Ticuna, os Tiriyo, os Tremembé, os Truká, os Tukano, os Tupinambá, os Tupiniquim, os Waiana Apalai, os Wai Wai, os Waiãpi, os Waimiri Atroari, os Waurá, os Xavante, os Xetá, os Xokleng, os Xucuru, os Yanomami, os Yawalapiti, os Ye’kuana, os Yuhup, os Zo’ê², os *Bruxaxá* e os *Sucuru*. (Grifo nosso).

Com tanta riqueza cultural, e cada um com suas particularidades, é contraditório saber que a maioria dos servidores do setor jurídico está preparada para atender um indígena que se porte como um branco (o dito, quase branco). Há quem possa dizer: “E o que um índio viria buscar num fórum ou numa promotoria?”, como se “índio fosse apenas caso de FUNAI”. Por outro lado, há quem prefira acreditar que os povos indígenas do Brasil já estão

²Molon & Lima, [s.d.], ISA - Instituto Socioambiental.

“civilizados”, numa suposta alusão de que tenham perdido suas características naturais, o que ratifica a necessidade de uma reaprendizagem comportamental, para se compreender que mais importante do que o contato virtual, resultado dos grandes avanços tecnológicos, é aquele bem simples, porém mais complexo, que se faz face a face, reconstruído continuamente nas relações humanas.

2 Cara ou Coroa: os escolhidos para a forca

“A morada do vento frio”, conforme anteriormente explicada, surpreendeu o Estado, quando se tornou a primeira e única cidade paraibana a implantar, no seu próprio sistema de execução penal, a forca para crimes comuns.

Na Paraíba, o único lugar onde a forca se ergueu e funcionou foi em Areia, não para execução de criminosos políticos, mas para que nela padecessem suplício os presos comuns, condenados à morte pela justiça local. Em nenhuma outra comarca do interior, nem mesmo da capital, o vil instrumento de expiação chegou a ser armado. De sua existência, só nos anais de Areia se encontra notícia. (ALMEIDA, 1980, p. 114-115).

Para melhor compreensão do que representou a pena de morte pelo enforcamento em Areia, deve-se analisar a legislação da época, isso porque o sistema foi implantado um ano após ter sido elevada à condição de cidade e sede municipal, pela Lei Provincial nº 2, de 18 de maio de 1846³.

Assim explica o advogado Horácio de Almeida sobre o local exato de implantação do “vil instrumento”:

Foi escolhido um capoeirão por trás da Rua do Grude, nas imediações do matadouro, que o povo chamava de matança. Já existia o matadouro quando *se inaugurou o patíbulo em 1847*, embora o curral de madeira para o gado só fosse erguido em 1863, após a última das execuções. *Os antigos apontavam o lugar da matança como o campo maldito das execuções*, de tradição tão lúgubre que poucos moradores da cidade se dignavam de conhecê-lo a olhos vistos. (Op. cit.). (Grifo nosso).

Então, com apenas um ano de emancipação, Areia implanta a forca para crimes comuns num local que a população da época batizou de “matan-

³Dados IBGE/Cidades.

ça”. Mas, apesar de tão jovem, é importante esclarecer que, ainda na sua condição de vila, estabeleceu-se como o segundo maior colégio eleitoral da Paraíba, o que confirma sua força política na época.

Nessa ocasião, o Brasil se moldava à Constituição de 1824⁴, que dispunha, no seu artigo 179, inciso XIX: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”. Contudo, o Código Penal de 1830 retoma a questão, dispondo no seu artigo 38: “A pena de morte será dada na forca.”.

O objetivo central da pena de morte pela forca não se resume ao matar, porque quebra o indivíduo (enquanto vítima direta ou indireta) em sua subjetividade. É o espetáculo do massacre, da humilhação, do aniquilamento da dignidade.

Cabe lembrar o que diz o psicanalista uruguaio Marcelo Viñar (1989, p. 164) sobre a experiência da tortura:

[...] a experiência da tortura não é uma doença curável em tempos que possamos definir; ela constitui uma ruptura da identidade, em parte definitiva [...] quer seja o seu silêncio sintomático ou suas manifestações patológicas... [...] É por isso que nós não identificamos a tortura como um agente produtor de efeitos mórbidos, mas qualificamo-la de experiência que atua reformulando o destino da pessoa e quebrando para sempre um ser humano na sua subjetividade. (Grifo nosso).

Provavelmente, todos os moradores areenses que temiam o “lugar da matança”, conforme dito pelo supracitado advogado, sentiam-se torturados psicologicamente, sem forças para mudar o rumo da sua própria história. E sobre essa pena tão cruel, aprovada no Código Penal de 1830, explica o advogado criminalista Luiz Flávio Borges D’Urso:

Tivemos, após a Proclamação da Independência em 1822, a primeira Constituição do Brasil, de 1824, que não afastava a pena de morte, muito embora, estranhamente, se preocupava com as condições carcerárias. O Código Penal, compatível com esses princípios constitucionais, foi o de 1830, o qual também manteve a pena de morte. Esse Código previa a pena capital para os crimes de homicídio, para roubo seguido de morte, para insurreição e para escravos que

⁴Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

eventualmente obtivessem a liberdade pela força. Nesse caso, a previsão para o cumprimento da pena máxima estava no art. 38 e era executada pela força. O acusado era conduzido pelas ruas públicas, numa verdadeira cerimônia, para que todos vissem que a punição era inexorável e violenta. (s.d., p. 1)5.

Ressalte-se que, apesar de o referido código prever pena de morte para os crimes de homicídio, os trâmites processuais dependiam da força do sobrenome familiar do réu. Em se tratando de um suposto “zé ninguém”, o processo criminal adquiria um certo prazer na aplicação da sentença condenatória, como o “fiel” cumprimento do exercício da justiça. Logo, não é surpresa saber que os condenados à força em Areia foram pobres, sem sobrenome importante, que serviram de cobaia para saciar a sede vil do mando da época, o que remete às sábias palavras do advogado José Antônio Maria de Ibiapina: “[...] os réus são homens que, ainda cobertos dos mais negros crimes, têm o direito a serem tratados como homens!”. (IBIAPINA, 1838, *apud* ARAÚJO, 1996, p. 238).

As palavras do advogado Ibiapina, no início do século XIX, ratificam a relevância dos direitos humanos: julgar o homem como homem, não como um bem. Sobre o assunto, pontua Portela (2010, p. 615): “[...] definimos os direitos humanos como aqueles direitos essenciais para que o ser humano seja tratado com a dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana, sem distinção de qualquer espécie”.

Tratamento “sem distinção de qualquer espécie” é o que não havia nessa cidade separatista, que primava para colocar o pobre “no seu devido lugar”. E assim, Areia enviou para inauguração da matança o escravo apelidado de “Marçal”, que era casado com uma escrava da mesma senzala e tinha filhos pequenos. (ALMEIDA, 1980, p. 116).

Sobre a justificativa da sua pena de morte, preliminarmente questiona-se: “Que esposa não gostaria de ter um marido para defendê-la da agressão de outro homem?”. Provavelmente, na atualidade, todas (ou grande parte delas) diriam que sim. Mas, na condição de escrava, essa atitude era a mais temida. Devia o marido ver sua esposa sendo estuprada, espancada, agredida, ferida, queimada, humilhada, sem esboçar qualquer reação. Isso porque o escravo não era visto como homem; era uma coisa, um bem do patrão, como explica Castro (2014, p. 385):

⁵Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo333.shtml>>.

O escravo é considerado e colocado na posição de mercadoria, portanto sujeito a relações de alienação idênticas a qualquer coisa que possa ser de propriedade de alguém. O escravo não constitui um bem pessoal vinculado, mas é alienável ao arbítrio do proprietário.

Sendo Marçal considerado uma mercadoria, com base nas explicações da autora acima, sua reação em defesa da esposa - que estava sendo açoitada pelo “seu dono” - só pôde ser considerada um ato extremamente ilegal, classificado como “tentativa de homicídio” contra o seu senhor. Este, segundo a versão da acusação - promotor Manuel Correia Lima -, teria sido agredido pelo escravo encolerizado, que o feriu no braço e tentou estrangulá-lo, só não conseguindo matar o seu senhor por intervenção de terceiros. (ALMEIDA, 1980, p. 116-117).

Lamentavelmente, não era possível, à época, o exercício do princípio do contraditório, o que dá margem ao questionamento sobre a(s) possível(is) linha(s) de defesa do acusado. O que teria dito Marçal (se possível fosse), sobre aquele fatídico dia, ao ser questionado pelo juiz Delfino Augusto Cavalcante de Albuquerque?

Reconhecendo, pois, a relevância da presunção da inocência no direito processual atual, que exige comprovação inequívoca da culpabilidade, há alguma chance de Areia ter assassinado um inocente para inaugurar sua matança em 1847? Formalmente, não há como responder a tamanha dúvida, porque, segundo relata o advogado Horácio de Almeida (Ibidem, p. 117), “[...] se diligenciou em busca do *processo* nos cartórios de Areia, *perdido por lá na confusão dos papéis velhos, destinados a alimento das traças.*” (Grifo nosso).

Como a “Terra da Cultura” esqueceu de conservar documentos tão importantes para comprovação de sua eficiência no cumprimento da justiça? Diria algum douto advogado dela defensor, parafraseando Shakespeare (1554-1616)⁶, que conservar o supracitado processo para recordar o caso de Marçal, seria admitir que Areia pudesse esquecer o momento em que um nobre cidadão areense foi insultado, ferido e quase morto pelas mãos vis de um escravo. Poderia, também, ser uma forma de admitir uma presunção para decretação de uma pena em grau máximo, infringindo o disposto no artigo 36 do Código Criminal de 1830: “Nenhuma presunção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena”⁷.

⁶Disponível em: <<http://kdfrases.com/frase/118843>>.

⁷Op. cit. (Respeitada a grafia da época).

Assim, registra-se, na história areense, que “o dono do escravo Marçal” reconheceu que a pena não foi compatível com o crime praticado: “Da severidade do julgamento, o próprio Manuel Gomes foi o primeiro a reconhecer, embora tarde de demais para reparar o mal.” (ALMEIDA, *Ibid.*, 116-117). Se, pois, por demonstração de um coração solidário ou confirmação de um equivocadamente enquadramento legal, a vítima, posteriormente, libertou os filhos de Marçal. Nada se comenta sobre a esposa açoitada deste.

E nesse molde de justiça determinado pelo Direito imposto pela alta sociedade, Areia segue em mais um suposto ato de bravura para encenar um ato que retoma a política romana *panem et circenses*⁸, para fidelidade da população às normas estabelecidas. A pena de morte pela força era um espetáculo areense que ridicularizava o indivíduo até a morte - destruindo toda sua subjetividade antes do encerramento definitivo da vida - para obediência de uma população pobre formada para servidão, não para o efetivo exercício da cidadania. Isso pode ser verificado através das palavras do mesmo autor: “As escolas públicas eram obrigadas a acompanhar a procissão dos enforcados. De volta, os professores aplicavam meia dúzia de bolo em cada aluno para que lhe servisse de lição. Até os inocentes pagavam pelos pecadores.”. (*Ibidem*, 120).

Chega a vez de Antônio José das Virgens, vulgo “Beiju”, ser enviado à matança de um homicídio que apresenta a sertaneja Carlota Lúcia de Brito como autora intelectual, amante do político Coronel Quincas Borba, que perdeu as eleições de Deputado-Geral, em 1849, para seu adversário, vítima fatal desse crime, Trajano Augusto de Holanda Chacon Cavalcanti de Albuquerque, irmão do vigário Antônio Chacon, chefe religioso de grande influência, e, também, do promotor público Trajano Chacon. (LEITE, 2015, p. 1).

No primeiro julgamento, a mandante e o executor foram condenados, fato compatível com a legislação da época, fundamentado nos artigos 4º, 16 e 192 do Código Criminal de 1830, já comentados anteriormente neste estudo. Todavia, no segundo julgamento, em 1853, a pena de Carlota foi convertida em galés perpétua em Fernando de Noronha, onde se tornou amante do governador da ilha e, por isso, foi privilegiada com regalias que driblaram a perpetuidade da pena para uma simples temporada no local.

Já em relação ao desventurado Beiju, o pedido para que a pena de morte fosse mantida foi solicitado diretamente ao imperador Dom Pedro II pelo padre Chacon, utilizando como prova material a camisa ensanguentada da vítima. (LEITE, *Ibid.*, p. 1).

⁸ Política do Pão e Circo. Frase de autoria do humorista e poeta romano Juvenal, ano 100 d.c.

3 Degradação humana: um mel social

Para os que ficaram consternados e indignados com o fuzilamento de dois brasileiros na Indonésia, em 2015, condenados por tráfico de drogas, o que dizer da execução, aqui no Brasil, a que foram submetidos Marçal e Beiju, resultado de inquéritos com vícios processuais que priorizaram os interesses políticos do local? Dessa forma, são enviados à matança num ritual de tortura física e psicológica, que confirma as palavras de Viñar, anteriormente citado, implantando medo na população e dizimando, também, os familiares deles da história.

Impende destacar que a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984, e ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989, define a tortura, em seu artigo 1º, como qualquer ato que possa intencionalmente provocar dor física ou mental, conforme disposto a seguir:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência⁹.

O ritual da força tem por base os artigos 38 a 42, do Código Criminal de 1830, o que legitima sua execução, mas as falhas evidenciadas na fase processual, somadas aos interesses políticos do local, demonstram a presença de discriminação e abuso de autoridade, o que reforça seu caráter desumano.

Art. 38. A pena de morte será dada na forca.

Art. 39. Esta pena, depois que se tiver tornado irrevogável a sentença, será executada no dia seguinte ao da intimação, a qual nunca se fará na véspera de domingo, dia santo, ou de festa nacional.

⁹Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm>>.

Art. 40. O réo com o seu vestido ordinario, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até á força, acompanhado do Juiz Criminal do lugar, aonde estiver, com o seu Escrivão, e da força militar, que se requisitar.

Ao acompanhamento precederá o Porteiro, lendo em voz alta a sentença, que se fôr executar.

Art. 41. O Juiz Criminal, que acompanhar, presidirá a execução até que se ultime; e o seu Escrivão passará certidão de todo este acto, a qual se ajuntará ao processo respectivo.

Art. 42. Os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes, ou amigos, se os pedirem aos Juizes, que presidirem á execução; mas não poderão enterra-los com pompa, sob pena de prisão por um mez a um anno. (Respeitada a grafia da época)

Conforme descreve Almeida (Op. cit., p. 117), Areia foi além do disposto nos artigos anteriores, acrescentando detalhes ao suplício que, àquela época, já havia sido questionado na Europa, com a Revolução Francesa, que introduz a ideia de humanização da pena. A França substitui a força pela guilhotina, compreendendo diminuir o sofrimento do padecente. Na cidade paraibana analisada, no entanto, o prazer estava exatamente em prolongar o espetáculo.

A pragmática começava pela lavratura da decisão condenatória. Quando o juiz proferia a sentença de morte quebrava a pena. Três dias antes da execução, armava-se oratório num dos cubículos da cadeia, para onde era transportado o condenado. No primeiro dia, o sacerdote confortava o paciente, no segundo ouvia-o em confissão e dava-lhe comunhão, no terceiro era levado ao suplício. *O ceremonial da execução começava às sete horas da manhã* com a força do destacamento local formada no pátio da cadeia. Em seguida, chegava o juiz, acompanhado do escrivão e do porteiro dos auditórios e ordenava ao carcereiro que o preso saísse da cadeia. Aparecia então *o paciente vestido de alva, pés descalços, as mãos algemadas atrás das costas, com um capuz branco sobre a cabeça. Ao seu lado, vinha o padre, exortando-o e animando-o no espírito da religião.* Formava-se assim o cortejo em direção à Igreja, acompanhado da força, autoridades civis e militares e muitos expectadores. (Grifo nosso). (ALMEIDA, *ibid.*, p. 117).

Descalço, algemado, encapuzado, seguia o infeliz, às 7 horas da manhã, com o padre a seu lado, animando-o para a morte. Que consolo! Faz lembrar as palavras do advogado Ibiapina: “[...] os atos praticados em breve

furor se não imputam. Portanto, é certo: o réu não pode sofrer pena. Falta-lhe a base da imputação.” (*Apud* ARAÚJO, 1996, p. 234). Essas palavras do advogado supracitado ratificam o disposto no artigo 18 do Código Criminal vigente à época, o qual estabelecia como circunstância atenuante “o crime em defesa da própria pessoa, ou de seus direitos; *em defesa de sua família*, ou de terceiro”. (*Op. cit.*). (Grifo nosso).

Se, pois, Marçal cometeu o crime em defesa da sua esposa, por que o fato não atenuou sua pena? A resposta retoma as palavras de Castro, citada anteriormente, afinal, “Marçal não era um homem, era uma mercadoria”. Já Beiju, é dito que era “um pobre agregado, que uma vez tinha gozado da proteção da família Santos Leal”¹⁰. Resumindo, “Areia só matou pobres coitados”, os quais serviram de ferramenta para alimentar uma história de um direito desigual, autoritário, imposto por uma minoria que detinha o poder.

Ironicamente, o padre anima o padecente para o refrigério da morte, num ato de companheirismo selvagem: leva a presa e permanece com ela até o momento em que é devorada. Sacia a fome do torturador e, ainda, ganha os aplausos pela suposta bondade apresentada. É dessa forma que a procissão chega à Igreja, onde se dá continuidade ao suplício, conforme explica Almeida (*Op. cit.*, p. 117-118):

Na igreja, de pé na soleira da porta principal, ouvia missa até a recitação do credo, que é a parte preparatória do ofício. Nesse momento, anunciado pelo toque da campainha e pelo badalar dos sinos, os soldados davam volta ao condenado e saíam com ele para o pátio da igreja. Formava-se ali a procissão fúnebre dos enforcados. À frente do condenado, iam as ordens religiosas, as escolas com todos os seus alunos e professores e o meirinho. Junto, o sacerdote, o carrasco e os oficiais de justiça. Um pouco atrás, o juiz da execução, o escrivão, a tropa e o povo. No meio do povo, a poucos passos do sentenciado, *alguns homens vestidos de opa conduziam cestas com doce, queijo, bolos e vinho para levantar as forças do infeliz, se lhe faltasse resistência.* (Grifo nosso).

O banquete antes da morte servia como lembrete do quão caridosos eram os seus executores, visto que a comida oferecida não era consumida por esses pobres infelizes durante toda a vida de trabalho árduo. O vinho parece lembrar que

¹⁰Disponível em: <<http://culturapopular2.blogspot.com.br/2010/12/execucoes-forca-no-estado.html>>.

estão brindando o sangue do condenado, de uma forma aparentemente justa. Essa suposta bondade tem o preço da humilhação extrema, do escárnio para com o outro que, infortunadamente, não pôde ser tratado como homem.

Dando sequência, pois, ao martírio, informa o mesmo autor (Ibid., p. 118):

Ao dobre dos sinos, o paciente beijava a imagem do Cristo que o sacerdote lhe apresentava, e o cortejo se punha em marcha, lentamente, até o lugar onde se achava creia a forca. De espaço a espaço, a procissão parava no toque da campainha do meirinho, que procedia a leitura da sentença e fazia, em altas vozes, o pregão do condenado: *Que morra de morte natural no lugar da forca!* Isso repetia dezenas de vezes, de modo que o cortejo levava horas para ir da igreja matriz ao campo da execução, alongando assim os padecimentos do desgraçado. (Grifo nosso).

Para quem conhece a pequena cidade de Areia, sabe que a distância tratada no texto acima pode ser completada em aproximadamente dez minutos. Isso prova que havia um prazer muito grande em prolongar o sofrimento do condenado. O registro como morte natural dificultaria qualquer investigação posterior.

Qual o propósito para a desqualificação da pena? Alegar que o padecente estava caminhando para uma morte natural pode sugerir uma suposta manobra para espiritualizar o procedimento adotado: o réu estaria sendo castigado por Deus, que lhe retirava a vida por ele ter feito algo abominável. Assim, os verdadeiros executores ficavam “escondidos”, e a Igreja, com seu poder de convencimento, atuava em prol da perpetuação dessa história de perseguição.

Sobre a chegada à matança, continua a descrição o autor (Ibid., p. 118):

Quando enfim chegava ao pé da forca, o sacerdote entoava a oração de encomendação, dava novamente ao condenado a imagem do Cristo a beijar e, aspergindo-o com água benta, procedia-se à subida do cadafalso. Subiam pela ordem o carrasco, o condenado e o padre. Lá em cima, o carrasco atava o braço à trave e punha o laço ao pescoço do padecente. Enquanto isso, o padre descia os degraus da escada, rezando o credo em voz alta. Já em terra, ao pronunciar as últimas palavras, o carrasco precipitava o condenado, que se debatia pendurado da corda. Imediatamente, o carrasco, agarrado à trave, punha os pés sobre os ombros do enforcado, firmando-se com todo o peso do seu corpo, para que expirasse mais depressa. (Grifo nosso).

Esse rito religioso para execução de uma prática tão desumana camufla as arbitrariedades de um direito autoritário. O papel do carrasco é sujar as mãos no lugar dos reais executores do indigno ato. Para esse ofício, que ilusoriamente parecia enaltecer o indivíduo pela coragem, eram escolhidos indivíduos que já estavam presos na Cadeia Pública.

Ainda, sobre a morte de Marçal, o autor faz uma colocação que explica o sentimento semeado em muitos areenses:

Aquela morte violenta lhe parecia menos cruel que a condição de escravo, como uma besta de carga, reduzido ao último grau da degradação humana, trabalhando a vida toda debaixo do chicote, até cair pela idade e pela exaustão, como um rebotalho inteiramente imprestável. A sua desgraça, a desgraça da sua raça, era antes de tudo um mel social. (Grifo nosso). (Op. cit., p. 119).

“A desgraça de um povo reduzido ao último grau da degradação humana como mel social” faz possível compreender o porquê de os familiares das vítimas torturadas, mesmo na atualidade, preferirem não revelar detalhes que possam comprometer sua segurança. Isso parece destoar do que se entende sobre um Estado Democrático de Direito, no entanto, as consequências psicológicas da tortura vão além do período de cicatrização do corpo físico. Isso porque é difícil livrar-se do cárcere do medo provocado por esse suplício.

Insta ressaltar que, quando o ser se diverte com a humilhação, com a violência moral e física provocada em outrem - num resgate histórico dos momentos medievais, onde a força supera a razão, e o “fazer justiça” com as próprias mãos sugere poder -, conclui-se que há necessidade de uma reaprendizagem comportamental para a retomada do seu estágio efetivamente humano.

4 Ibiapina: um advogado que soube fazer direito

A defesa feita pelo advogado Ibiapina, em 18 de março de 1838, para livrar o réu F. José, já sentenciado à força, mesmo que receba críticas pelo apelo emocional contido, retrata a necessidade de fazer aflorar a humanidade quando os outros direitos parecem perdidos. Isso deixa bem claro no trecho abaixo:

Ah! quando a sangue frio julgamos os homens que obram em momento desgraçado, sempre os consideramos desarrazoados, injustos e criminosos, como se, quando tais atos se praticam, estivessem os

autores deles com a balança na mão, pesando prudência, razão e justiça, inclinando sempre a concha do sofrimento a favor da lei. (*Apud* ARAÚJO, p. 235-236).

O punir severamente é um aprendizado tão arraigado, que, até os dias atuais, falar em direitos humanos instiga a ignorância de muitos que acreditam que eles servem apenas para beneficiar criminosos. Diante, no entanto, das tantas falhas processuais evidenciadas todos os dias, lembrar que se julga uma vida humana e não uma simples mercadoria é um dever.

Por isso, o advogado supracitado procedeu com sabedoria na defesa do réu, o qual foi atraído para um casamento por manobra de uma rica família, que precisava encobrir um incesto praticado entre pai e filha. O jovem pobre, que foi abandonado pelos pais biológicos logo ao nascer, conheceu apenas uma mãe adotiva que o criou como se filho legítimo o fosse.

Assim, sem qualquer ganância material, F. José aceitou casar, crendo que o pai da jovem o escolhia pela sua firmeza de caráter. Todavia, apenas dois meses após as núpcias, ao retornar do trabalho, encontrou sua jovem esposa tendo relações sexuais com o próprio pai. Sob efeito da emoção que o assolou no momento, assassinou-os.

Devido à influência da família vitimada, o incesto foi “esquecido”, e o primeiro nome foi lançado à forca, que poderia ter sido inaugurada já em 1838, não fosse a brilhante atuação do advogado Ibiapina para contra-argumentar as acusações apresentadas pelo promotor Trajano Chacon, citado anteriormente.

Inicialmente, o advogado apresenta a tese de que falta a culpabilidade, em decorrência de ter agido o réu sob forte estado emocional: “[...] os atos praticados em breve furor se não imputam. Portanto, é certo: o réu não pode sofrer pena. Falta-lhe a imputação.”. (*Apud* ARAÚJO, 1996, p. 234).

Depois, o renomado jurista à época, utiliza o direito internacional, citando a legislação pertinente em Roma, França, Inglaterra e Portugal, para desqualificar o crime imputado, demonstrando que, nesses países, o fato que deu causa ao acontecimento - o adultério - era repudiado com veemência:

Em Roma, Roma que em Lei domina o mundo ainda, o marido ultrajado tinha o direito de matar o adúltero encontrado no ato criminoso.

Em França, em Inglaterra, a mesma legislação até pouco tempo imperava. Em Portugal, cuja legislação foi nossa até 1830 e cujas ideias estiveram gravadas por mais de dois séculos no ânimo dos

brasileiros, e ainda estão, porque se não podem facilmente apagar as impressões da primeira idade e, portanto, temos gravada; em Portugal, digo, o marido ofendido tinha o direito de matar o adúltero. (*Op. cit.*, p. 234-235).

Acrescenta que há conflitos quando as leis não se baseiam nos costumes e no caráter do povo:

Senhores, nos países onde o casamento é dissolúvel, o abandonar a mulher adúltera livra o marido ofendido da infâmia; mas em o nosso País, onde o casamento é indissolúvel, os costumes têm sancionado esta máxima que é infame o homem, cuja mulher é adúltera [...]. (*Apud* MARIZ, 1942, p. 47).

Ainda, sobre a defesa tratada, o advogado faz refletir sobre o tratamento cruel que a acusação dispensa ao réu: “Além do que, perdoe-me o ilustre Promotor, suas maneiras para com o réu ferem a dignidade do lugar que S. S. ocupa! Quer o ilustre Promotor a vida do réu? Tire-a, mas com a lei e não por violência.” (ARAÚJO, 1996, p. 239).

Os argumentos da defesa foram acolhidos por unanimidade pelos jurados, e a sentença de absolvição foi proferida pelo juiz Antônio Joaquim de Albuquerque Melo. Em sequência, o nobre advogado não aceita o pagamento dos seus honorários, solicitando que, em vez disso, F. José liberte os escravos que possui, indenizando-os com a herança que lhe era de direito.

Constata-se que a atitude do advogado Ibiapina para libertação e indenização dos escravos que faziam parte da herança da abastada família, meio século antes da Lei Áurea, supera todas as colocações sobre os movimentos abolicionistas no local. Não bastava a alforria, era preciso dar condição digna de vida.

A visão futurista que possuía em relação aos direitos humanos pode ser compreendida, dentre outras falas, no momento em que alega:

[...] É mister que o ilustre Promotor não pense que, por vestirmos uma casaca, termos estudado em uma Academia e nela sermos graduados, recebendo hoje cortejo dos que nos cercam e mesmo estima de alguns amigos, que estejamos isentos duma fatalidade que nos ponha no lugar dos réus. (ARAÚJO, 1996, p. 238-239).

De fato, a justiça não pode ser representada por uma linha fixa que ponha, de um lado, os criminosos e, do outro, os ditos cidadãos nobres. Não há a marca física de distinção enfatizada pelo psiquiatra Cesare Lombroso

(1835-1909). A criminalização tem, acima de tudo, uma concepção política. Logo, humanizar o atendimento jurídico é a melhor maneira de efetivar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

5 Considerações Finais

Através deste estudo, foi possível acompanhar a trajetória de uma cidade demarcada no plano jurídico por um direito autoritário, que excluiu grande parcela da população areense da efetiva capacidade de intervenção nas questões sociais. Dessa forma, ao falar dessa pequena cidade do interior paraibano, mas de grandes proporções quando se considera seu conjunto histórico, paisagístico e urbanístico, tem-se a terra não só dos pincéis de Pedro Américo ou do marcante político, advogado e escritor José Américo de Almeida, mas de uma gente que, por causa da cor ou da falta de recursos financeiros, precisou calar sua dor e sua voz.

Resgatar essa fala contida tem o objetivo de fazer refletir sobre os tantos indivíduos que carecem de um atendimento nos órgãos jurídicos muitas vezes para uma simples orientação de como devem proceder em relação a determinado caso concreto, mas que, por ironia do destino talvez, são tratados como meros objetos por servidores estressados ou que, por ignorância, desconhecem que o povo é o patrão de todo órgão público, porque ele paga, através de caríssimos impostos, a manutenção dessa estrutura funcional.

O questionamento levantado pelo advogado José Antônio Maria de Ibiapina (1838) - quando lembra que “os réus são homens que, ainda cobertos dos mais negros crimes, têm o direito a serem tratados como homens” -, somado à constatação que, mesmo num Patrimônio Nacional, se desconhece a riqueza cultural indígena, ressalta a necessidade de uma mudança comportamental no âmbito jurídico, porque todos os indivíduos, mesmo os mais simplórios, são parte da memória coletiva social.

Destarte, difundir o Atendimento Humanizado nos diversos setores do Direito - das faculdades jurídicas às áreas de atuação em fóruns ou ministérios públicos - é fundamentar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no exercício concreto da razão de ser da atual Constituição Federal Brasileira. Sem dignidade, os grupos mais vulneráveis ficam reduzidos à condição de simples expectadores ou de atores de uma participação meramente simbólica - não têm forças para quebrar as algemas do mando do Direito Autoritário.

Referências

ALMEIDA, Horácio de. *História da Paraíba*. João Pessoa: Universitária, 1978.

_____. *Brejo de Areia*. 2. ed. João Pessoa: Universitária, 1980.

ARAÚJO, Sadoc de. *Padre Ibiapina: peregrino da caridade*. São Paulo: Paulinas, 1996.

BRASIL. *Constituição política do imperio do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em :15 nov. 2016.

_____. *Código criminal de 1830*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em:16 nov. 2016.

_____. *Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRITO, V. de; OLIVEIRA, T. B *Topônimos da Paraíba: um estudo dos vocábulos Banabuyê, Puxinanã e Bruxaxá à luz de idiomas macrojê para a compreensão do povoamento do brejo paraibano*. Disponível em:
<<file:///D:/Documents/Direito/Projeto%20Monografia%20Prof.%20Cosma/art7.pdf%20línguas%20indígenas.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2016.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

CHADE, Jamil. *ONU diz que índios brasileiros estão mais ameaçados hoje que nos anos 80*. Disponível em:

<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,onu-diz-que-indios-brasileiros-estao-mais-ameacados-hoje-que-nos-anos-80,10000073435>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONVENÇÃO contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degrdant.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Pena de morte: o erro anunciado. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo333.shtml>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

EXECUÇÕES à Força no Estado. Disponível em: <<http://culturapopular2.blogspot.com.br/2010/12/execucoes-forca-no-estado.html>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

FRASE de Shakespeare. Disponível em: <http://kdfrases.com/frase/118843>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

IBGE. *Paraíba*: Areia. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=250110&search=paraiba|areia>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

LEITE, Ramalho. Foram dois os enforcados em Areia. Disponível em: <<http://www.focandoanoticia.com.br/ramalho-leite-foram-dois-os-enforcados-em-areia>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MARIZ, Celso. *Ibiapina*: um apóstolo do nordeste. João Pessoa: A União, 1942.

MOLON, E. ; LIMA, M. *Tribos indígenas brasileiras*. Disponível em: <<http://www.arara.fr/BBTRIBOS.html>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*: suas origens, transformações e perspectivas. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ONU. *Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984 - Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*. Disponível em: <http://www.ovp-sp.org/lei_resoluc_onuxtort.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

PORTELA, Paulo Henrique G. *Direito internacional público e privado*. 2. ed. Salvador(Bahia): JusPodium, 2010.

VIÑAR, M. *Exil et torture*. Paris: Denöel, 1989.

DESAFIOS PARA AFIRMAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM ESTUDO ACERCA DA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ASSISTÊNCIAS DE RECUPERAÇÃO DO AGRESSOR

Glauco Ferreira de Souza
Professor de Direito

Maria Josilene Oliveira Trajano dos Santos
Bacharela em Direito

Resumo

Nesta pesquisa, discute-se a importância de implementação de políticas públicas previstas na Lei Maria da Penha no que tange à criação de Centros de Educação e Reabilitação de Agressores, como forma de contribuir para redução dos casos de violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher, desta feita cumprindo-se o objetivo maior da Lei, que é criar mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Com a promulgação da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, a temática ganhou visibilidade na sociedade como um todo, mas o que podemos perceber, sem dúvida, é que o agressor ainda é pouco “lembrado” neste processo de enfrentamento à violência doméstica. Com o intento de entender melhor a invisibilidade do agressor aos olhos do poder público, a pesquisa tem objetivo de construir uma reflexão sobre os serviços e mecanismos existentes para atender ao agressor, tentando desvendar onde estão sendo ofertados esses serviços, qual sua finalidade e o que as ações propostas causam nas relações familiares e na sociedade.

Palavras-Chave: Lei Maria da Penha. Reeducação de agressores. Políticas públicas.

Abstract

Challenges for affirmation of law nº 11.340/2006 - A study on the implementation of public assistance policies for aggressors In this study, we discuss the importance of implementation of public policy in accordance with the Maria da Penha Law regarding compliance to articles 30, 35, subsection V and 45. That is, the creation of Centers for Education and Rehabilitation of Aggressors, as a way to contribute to reducing cases of domestic violence against women, thus fulfilling the objective of the law, which is to create a mechanism to hinder domestic and family violence against women. With promulgation of the law nº 11.340/2006, known as Maria da Penha Law, the theme

gained visibility in the society, but what we notice is that the aggressor is still little "reminded" in the process of coping against domestic violence. This study aims to get better insight into the aggressor "invisibility" to the eyes of public power, in order to reflect about the services and existing mechanisms to assist the aggressor by getting information of where such services are being offered, what are their purposes, and how these actions impact the society.

Keywords: Maria da Penha Law. Rehabilitation of aggressors. Public policies.

1 Introdução

A violência doméstica contra a mulher é um fenômeno social e não faz distinção de raça, classe social, religião, idade, de qualquer natureza, embora apresente especificidades em suas formas de manifestação. Está presente todos os dias, em todos os cantos do mundo. É quase invisível, porque acontece entre quatro paredes, na privacidade das relações, mas os seus danos são sentidos pela sociedade como um todo. Vem de onde menos se espera e é difícil superá-la, pois é cometida por pessoas que compõem laços afetivos de extrema confiança.

Tem sido cada vez mais popular o debate sobre o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher. Com a criação da Lei Maria da Penha, em 2006, a causa ganhou notoriedade e passou a compor a agenda do poder público. Essa premissa pode ser verificada na divulgação de campanhas e serviços de atendimento e proteção às mulheres agredidas, movimentos sociais e organizações não governamentais que promovem ações feministas, impulsionando mulheres na busca pela efetivação de seus direitos.

Observa-se que já se passaram dez anos de implantação da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha - e esta ainda não atingiu a efetividade desejada, mais precisamente, no que concerne aos agressores. Há poucas ações que os leva em consideração. Será que só a aplicação da Lei Maria da Penha, sob os princípios da justiça punitiva, contribui para solucionar o fenômeno da agressão contra a mulher? Como está sendo a ressocialização dos agressores, prevista nos artigos 30, 35, inciso V e 45 da citada Lei? Quais são as políticas públicas direcionadas para este fim?

Diante dessa inquietação, o presente estudo se propõe a constatar a efetividade ou não da Lei Maria da Penha no que tange ao agressor, em relação aos artigos 30, 35 e 45 da respectiva lei.

O objetivo geral do trabalho é analisar as medidas que podem ser

adotadas para a afirmação da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Pena – no tocante à eficácia da ressocialização do agressor, pela ausência de políticas públicas direcionadas a este fim. Os objetivos específicos são mostrar a existência e implementação de políticas públicas para tratamento e acompanhamento dos agressores e, conseqüentemente, a efetivação do artigo 45, da Lei nº 11.340/2006; caracterizar o perfil dos agressores da violência doméstica e familiar contra a mulher, relacionando tal perfil à infância e juventude dos mesmos; avaliar até que ponto as “punições” contidas na Lei Maria da Pena têm contribuído para a recuperação, reeducação e reabilitação dos agressores.

A abordagem da pesquisa é bibliográfica, com análise jurisprudencial, doutrinária, artigos, teses, letra de lei, fazendo-se um estudo exploratório por meio de revisão bibliográfica em literaturas que contemplem o estudo da reeducação dos agressores. O método utilizado para atingir os objetivos colocados exigiu um exame da legislação atual à procura das determinações legais em relação ao agressor, uma visita ao processo histórico de construção dessas determinações legais e seus efeitos e, ainda, um levantamento sobre políticas públicas, ações propostas e serviços que visam a atender estes agressores, tendo como universo dados colhidos na internet, que versam sobre os serviços de atendimento aos agressores de violência doméstica contra a mulher, no Judiciário, no Ministério Público, bem como no âmbito da Assistência Social, visando a um mapeamento de organizações públicas que trabalham com agressores de violência contra a mulher na Paraíba.

2 Retalhos da construção dos direitos das mulheres no Brasil

Na contemplação da problemática em estudo, optamos por iniciar a abordagem teórica com um recorte da música “Mulheres de Atenas”, de Chico Buarque e Augusto Boal, um verdadeiro “hino” contra a submissão das mulheres, que se sujeitam às regras ditadas pela sociedade patriarcal, ainda presente nos dias atuais. Esta música nos transmite uma sensação de contemporaneidade, pois a mulher até hoje é vista, analisada e julgada por muitos sob a perspectiva de um padrão que a sociedade dita correta, entre eles o de beleza, da moral e o da submissão ao homem.

Mirem-se no exemplo daquelas mulheres de Atenas

[...]

Geram pros seus maridos os novos filhos de Atenas

[...]

Elas não têm gosto ou vontade

Nem defeito nem qualidade
Têm medo apenas
Não têm sonhos, só têm presságios
O seu homem, mares, naufrágios
Lindas sirenas
Morenas... (BUARQUE, BOAL, 1676).

Desde muito nova, a mulher é condicionada a ser uma boa dona de casa, uma excelente mãe, uma ótima esposa, comportada e meiga. Todavia, aquelas que não conseguem atender a esse padrão são vistas como coitadas e tornam-se submissas às regras ditadas pelas sociedades.

Dentre tantos recortes da origem da submissão da mulher ao homem, temos “a igreja”, que teve uma grande influência nesse processo. Entre tantos relatos bíblicos, o livro de “Gênesis” narra que a mulher tem origem da costela de Adão, vindo depois da criação deste, com a finalidade de protegê-lo e fazer-lhe companhia. O mesmo livro nos mostra a desobediência feminina, quando Eva oferece o fruto proibido a Adão. Esta descrição remete a mulher a uma condição de subordinação por ter sido formada do homem que, desta feita, tem autoridade sobre ela.

As mulheres não tinham vez nem voz e, durante séculos, foram travadas verdadeiras batalhas em prol da liberdade e dos direitos femininos. No Brasil, o processo de conquista pela libertação da submissão e da opressão teve grande ênfase durante os séculos XX e XXI.

Dentre tantas lutas por conquistas de direitos efetivadas pelas mulheres brasileiras, a que mais se destacou, na história política, foi a conquista do voto, direito conquistado em 1932 através do Decreto nº 21.076 que, em seu artigo 2º, preceitua que “é eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código”.

Outro grande avanço veio com promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em 1º de maio de 1943. Neste diploma legal, o trabalho da mulher é minuciosamente regulamentado, garante os direitos estabelecidos para trabalhadores em geral e assegura às mulheres uma proteção especial em função de suas particularidades físicas, psíquicas e morais, denominando-as de discriminação positiva.

Importante pontuar as marcantes conquistas nos movimentos das mulheres contra o Código Civil de 1916, que fazia menção sobre a incapacidade da mulher casada para a prática de atos civis, tendo sido alterado apenas em 1962, com a edição do Estatuto Civil da Mulher - Lei nº 4.121 - que equiparava os direitos dos cônjuges. Entretanto, essa conquista era tímida.

Só com a Constituição de 1988 é que a tão sonhada e cobiçada igualdade pelas mulheres foi efetivada, em seu artigo 5º, inciso I, que prevê expressamente a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações, rompendo-se assim o sistema patriarcal que, muitas vezes, condicionava a conduta da mulher à aprovação do homem.

Além de consagrar o princípio de igualdade entre homens e mulheres, a Constituição de 1988 também ressalta a igualdade no âmbito das relações familiares, previsto em seu artigo 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Mais adiante, em seu parágrafo 8º, impõe ao Estado o dever de assegurar assistência à família, destacando-se, entre eles, o de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar e das suas relações: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (BRASIL, 1988).

Nesse contexto de lutas e conquistas, em 2006, surge a Lei 11.340, que ficou conhecida como "Lei Maria da Penha" e trouxe uma ampla definição de violência, dotada de efetividade para proteger a vítima de violência doméstica, com medidas de proteção destinadas à mulher e aos seus dependentes. Contempla aspectos relacionados à segurança e preservação do patrimônio e inovações no que diz respeito à violência contra a mulher. Criou mecanismos para coibir a violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher. Estabeleceu que todo o caso de violência dessa natureza é crime, devendo ser apurado através de Inquérito Policial e remetido ao Ministério Público. Os crimes são julgados nos Juizados Especiais de Violência Doméstica contra a Mulher, e, nas comarcas que não dispõem destes Juizados, os casos são julgados nas Varas Criminais comuns.

Sancionada em 7 de agosto de 2006, o nome da Lei "Maria da Penha" é uma homenagem à mulher cujo marido tentou matá-la duas vezes e que, desde então, passou a dedicar-se ao combate à violência contra as mulheres. A Lei é resultado de uma longa discussão a partir de proposta elaborada por ONGs e passou a dar cumprimento à Convenção de Belém do Pará, da Organização dos Estados Americanos, ratificada pelo Brasil em 1994 e a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, da Organização das Nações Unidas, que preveem medidas integradas de prevenção à violência, assistência e o atendimento policial dirigido à mulher.

A Lei só foi efetivada após denúncia de Maria da Penha na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, (caso nº 12.051/OEA), onde o Brasil foi responsabilizado por negligência e omissão em relação à violência

doméstica em virtude da morosidade da Justiça brasileira frente ao caso de Maria da Penha, que lutava por quase vinte anos pela condenação do marido, diante de tanto sofrimento que a deixou paraplégica.

Conforme preceitua BIANCHINI (2016), a Comissão da OEA condenou a República Federativa do Brasil pela excessiva tolerância em promover a perseguição do crime praticado com violência contra à mulher, recomendando reforma no sistema legislativo para simplificar os processos em andamento, inserindo novas formas para resolução de conflitos (Relatório nº 54/2001).

A Lei Maria da Penha é um instrumento valiosíssimo, pois tem mecanismos não só para reprimir, combater, processar o homem e fazer com que ele responda criminalmente, mas, especialmente, métodos de prevenção à violência doméstica, colaborativos na desconstrução da cultura machista, através da recuperação e ressocialização do agressor.

Em nosso cotidiano, mesmo com o empoderamento feminino, ainda é forte a desigualdade entre homens e mulheres, e a violência ainda é um marco a ser superado. Essa afirmação é o retrato do que vivenciamos, presenciamos e ouvimos em muitos relatos de mulheres amplamente divulgados na mídia nacional, seja ela televisiva ou escrita. Percebe-se na prática que, apesar de todas as conquistas e aparato legal, a mulher ainda não tem seus direitos plenamente respeitados. As barreiras culturais ainda se mostram fortes, impedindo a elevação das mulheres em sua real posição de igualdade, seja intelectual, civil, trabalhista e social.

O que se almeja é que homens e mulheres tenham igualdade de condições em todas as esferas da vida pública e privada, para que vivam em harmonia e ainda que as lutas sejam travadas conjuntamente por homens e mulheres em busca de uma sociedade mais justa e vida digna a todos os cidadãos e cidadãs, independentemente de ser do sexo masculino ou feminino.

3 Afinal, quem são os agressores, e o que fomenta a violência doméstica?

Na definição de FERNANDES (2015), podemos dizer que o autor da violência doméstica

[...] é diferente de outros agentes. Ao contrário do padrão comumente encontrado no cotidiano forense, em regra, o agressor é primário, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos e um “bom cidadão”, o que facilita a reeducação. (FERNANDES, 2015, p. 169).

A autora faz uma diferenciação entre o agressor comum e o agressor de mulheres vítimas de violência doméstica, que em sua maioria não se identifi-

cam com as características de um criminoso. Ele é o pai, o marido, o filho, geralmente não tem um perfil de homem mau e, sim, de um homem comum, podendo ser culto ou menos favorecido, sempre aparentando ser um bom cidadão e que, geralmente, em seu cotidiano, não demonstra ser violento. Quer dizer, é publicamente dócil, educado, passando a impressão de que seja incapaz de cometer tamanhas atrocidades.

Do ponto de vista psicológico, a psicóloga Ruth Gheler afirma que esses homens têm uma insegurança muito grande em relação à própria virilidade, no tocante ao papel masculino. Afirma ainda que os homens são muito possessivos e ciumentos, tendo as mulheres como sua propriedade e não aceitam perder o controle e domínio sobre elas (SOUZA, 2008, p. 18).

Ao homem sempre coube o espaço público, e a mulher foi confinada nos limites da família e do lar. Mas, mesmo com todas as restrições e proibições, a mulher saiu de casa, foi à luta e conseguiu seu espaço no mercado de trabalho e na sociedade, fazendo com que as obrigações domésticas fossem divididas entre o casal, gerando no homem certo inconformismo com a ausência da mulher do ambiente familiar, provocando insegurança e tornando o espaço propício para conflitos, pois o afastou de seu padrão de poder e controle.

É sabido que muitos dos homens agressores também foram, eles próprios, vítimas de violência quando crianças e tendem a reproduzir essa cultura da brutalidade. Pereira (2014, p. 20), *apud* Instituto NOOS, 2000), segundo estudos que têm como objetivo dar visibilidade ao sujeito agressor, em pesquisa realizada pelo Instituto NOOS em parceria com o Instituto PROMUNDO, mostra que os agressores de hoje, em sua maioria, foram vítimas de violência em sua infância. Vejamos:

[...] cerca de 61,5% dos homens atendidos sofreram, frequentemente, violência física na família de origem, e 9% deles sofreram abuso ou violência sexual na infância, por parte de parentes ou conhecidos. Nesse sentido, a violência apresenta um caráter cíclico, violência gerando violência, e não pode ser analisada apenas de um só ponto de vista: da vítima, do agressor ou da testemunha. (INSTITUTO NOOS 2000).

A citada pesquisa nos mostra que a violência é transmitida de geração em geração, na medida em que a conduta humana é uma resposta do que foi apreendido ao longo da vida, sendo produzida posteriormente aos sujeitos de seu ciclo de convivência familiar. Desta forma, fica

evidente que, para combater esse problema, se faz necessária a conscientização de que a simples criação de leis não irá alterar a cultura. É necessário, portanto, um trabalho educativo que permita desconstruir e reconstruir o significado do processo violento arraigado por longo tempo na vida dos sujeitos.

De acordo com Maria Berenice Dias (2015), é nesse ambiente que surge a violência. Vejamos:

É nesse contexto que surge a violência, justificada como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento do ideal dos papéis de gênero. Quando um não está satisfeito com a atuação do outro, surge a guerra dos sexos. Cada um com suas armas: ele, com músculos; ela, com lágrima! A mulher, por evidente, leva a pior e se torna vítima da violência masculina. (DIAS, 2015, p. 26).

O que se evidencia, portanto, é que a violência é o reflexo de um homem com atitudes machistas, que entende a mulher dever-lhe obediência e que tem o direito de impor sua vontade e/ou corrigi-la, mesmo que de forma violenta. Esse comportamento apreendido ao logo da vida é que acaba por provocar os atos de violência, de forma perversa e silenciosa, com castigos e punições. Desta feita, é salutar consignar a afirmação de Maria Berenice Dias:

Quem vivencia a violência – muitas vezes até antes de nascer e durante toda a infância – só pode achar natural o uso da força física. Quando o agressor foi vítima de abuso ou de agressão na infância, ele tem medo e precisa ter o controle da situação para se sentir seguro. A forma que encontra de se compensar é desprezar, insultar, agredir. Também a impotência da vítima – que não consegue ver o agressor punido – gera nos filhos a consciência de que a violência é um fato natural. (DIAS, 2015, p. 28).

Ainda segundo a autora, o ciclo da violência vem seguido de indiferença, na fase psicológica que se transforma em violência física. E não bastasse a parte física, o agressor também destrói objetos pessoais, proíbe suas parceiras de ter contato com a família, com amigos, repassando suas “ordens” seja de forma direta ou indireta a todos que fazem parte do convívio familiar. Em muitos casos, elas não desejam denunciá-los, pois acreditam que irão mudar, que é apenas uma fase e que irá voltar tudo como era antes, pois,

nos momentos de “perdão” e reaproximação, é carinhoso, com um falso elo de afetividade por parte do agressor (DIAS, 2015, p. 27).

Há também fatores externos que podem funcionar como “estopim” para alterar o padrão comportamental preexistente de violência. Podemos citar, como exemplo, o uso de álcool, drogas e problemas econômicos, conforme expõe a delegada Cláudia Kruger, titular da Delegacia da Mulher de Ponta Grossa:

Às vezes, o agressor é um homem trabalhador e que gosta da companhia, mas age violentamente quando está sob a influência do álcool ou outras drogas. Por isso, se ele tiver um apoio, pode mudar suas atitudes. A punição, por si só, como prisão, não os recupera. (SANTOS, 2012).

Importante também apontar outras causas, como o desemprego, a pobreza, a miséria e a exclusão social, que são comumente apontados como referência para o desenvolvimento da violência, em especial aquela que se instala no convívio familiar, atingindo, de forma especial, crianças, mulheres e idosos. Não podemos esquecer também a conduta machista apreendida ao longo de gerações, que não tem vínculo com a classe social ou grau de instrução.

Não podemos esquecer a parte psicológica. Mesmo não havendo pesquisas científicas que relatem as patologias psiquiátricas dos agressores de violência doméstica, eles estão divididos entre portadores de transtornos explosivos da personalidade, dependentes químicos e alcoólatras (SOUZA, 2008, p.18).

Em verdade, quando se analisa a violência doméstica, se faz necessário considerar os sujeitos da relação no convívio familiar. Não se deve incorrer apenas na postura do homem agressor e da mulher vítima. Homens e mulheres não podem ser vistos separadamente; deve-se observar que os dois, cada um à sua maneira, são sujeitos de relações afetivas, na qual também se inclui a violência. Então, é neste contexto que as medidas protetivas e a reeducação do agressor surgem como um instrumento de transformação da realidade, capaz de romper o ciclo da violência, modificando homens e mulheres.

4 Cadê o Estado? A atuação do poder público no enfrentamento da violência também na perspectiva do agressor

Com a implantação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, cuja finalidade é estabelecer conceitos, princípios, diretrizes e ações de prevenções e combate à violência contra as mulheres, está prevista a Criação de Centros de Referência, Casas de Abrigos, Delegaci-

as, entre outras, ficando determinada, também, a Criação de Serviço de Responsabilização e Educação do Agressor. Esses Centros de Educação são definidos como

Serviço de Responsabilização e Educação do Agressor: é o equipamento responsável pelo acompanhamento das penas e das decisões proferidas pelo juízo competente no que tange aos agressores, conforme previsto na Lei 22.340/2006 e na Lei de Execução Penal. Esses serviços deverão, portanto, ser necessariamente vinculados ao sistema de justiça, entendido em sentido amplo (Poder Judiciário, Secretarias de Justiça Estadual e/ou Municipal). Entre suas atribuições, podem-se citar a promoção de atividades educativas, pedagógicas e grupos reflexivos, a partir de uma perspectiva de gênero feminista e de uma abordagem responsabilizante, e o fornecimento de informações permanentes sobre o acompanhamento dos agressores ao juízo competente, por meio de relatórios e documentos técnicos pertinentes. (BRASIL, 2012).

Mesmo com a previsão na lei de políticas públicas de resgate da cidadania tanto das vítimas de violência doméstica, como dos agressores, o Estado tem sido omissivo na disponibilização de auxílio assistencial às famílias vítimas de violência doméstica. Quando o faz, mesmo de maneira precária, essa assistência é apenas para as vítimas, desprezando o principal responsável pelo problema, o agressor, que também está inserido no contexto familiar e tanto quanto as vítimas necessitam de assistência para que possam, juntos, erradicar a agressão. Para isso, é imprescindível que o Estado adote políticas públicas capazes de suprir as necessidades, social, física e psicológica das vítimas e dos agressores, cumprindo assim o que dispõe a Lei Maria da Penha no que tange ao agressor, em relação aos artigos 30, 35, incisos V e 45. A lei tem questões impostas que ainda não são efetivamente implementadas. Refere-se exatamente às medidas de reeducação do agressor, previstas nos artigos 30, 35, inciso V e 45:

Art. 30 Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes. [...]

Art. 35 A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

[...] V – centros de educação e de reabilitação para os agressores. [...]

Art. 45 O art. 152 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 152

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (BRASIL, 2006).

Os citados artigos preveem que a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios deverão estruturar seus serviços para criar e promover Centros de Educação e Reabilitação para Agressores, permitindo que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

De acordo com matéria divulgada no *site* Senado Notícias, em dezembro de 2015, foi realizada audiência pública no Senado Federal com a Comissão de Direitos Humanos (CDH) e Legislação Participativa, bem como a participação de integrantes do Ministério Público, do Judiciário, e integrantes de programas públicos contra a violência doméstica. Na audiência, os especialistas afirmaram que políticas públicas podem ajudar a reeducar agressores de mulheres. Em seus debates, os participantes afirmaram que acreditam ser possível a reeducação dos homens agressores, embora seja um desafio. Concluem, afirmando que a mudança será possível desde que haja políticas públicas específicas (AGÊNCIA SENADO, 2015).

Os palestrantes que participaram da audiência pública expuseram ações que estão sendo feitas com agressores em alguns Estados do país, a exemplo do Estado do Rio Grande do Norte, Mato Grosso e São Paulo, e que têm obtido êxito. As experiências mostram que, a partir da educação e reflexão em grupos, grande parte dos agressores que foram processados pela Lei Maria da Penha estão deixando de reincidir na prática da violência doméstica (AGÊNCIA SENADO, 2015).

Entre os projetos apresentados na audiência pública está o do Rio Grande do Norte, cuja promotora de Justiça, Erica Veras, falou do exemplo do grupo reflexivo de homens agressores que respondem a processos pela Lei 11.340/2006, criado no ano de 2009. De acordo com a promotora, são formados grupos com até quinze agressores, que participam de dez encontros, com duração de duas horas cada um, onde acontecem rodas de conversas, apresenta-

ção de filmes, realização de dinâmicas, estímulo à reflexão e compartilhamento de experiências. Ela afirmou que o objetivo do grupo é o de esclarecer aos homens que a violência contra a mulher é um problema sociohistórico e, por meio da reflexão, fazê-lo mudar de atitude, quebrando o círculo da violência. O projeto foi premiado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 2016, na categoria de “redução da criminalidade”, pois o índice de reincidência entre os agressores acompanhados no projeto é zero. Vejamos:

Nós esperávamos reduzir (a reincidência) em 50%, mas já temos três anos de funcionamento do grupo, mais de trezentos homens já passaram pelo grupo em três cidades diferentes do Rio Grande do Norte e, surpreendentemente, nós mantemos o índice de reincidência zero. (AGÊNCIA SENADO, 2015).

Já o Ministério Público do Estado do Mato Grosso apresentou o projeto “Lá em casa quem manda é o respeito”, também com o objetivo de reeducação dos agressores de violência doméstica que se encontram presos. O trabalho naquele Estado é desenvolvido por uma equipe multidisciplinar formada por psicólogos e assistentes sociais que acompanham os apenados. A promotora afirma que, em seus relatos e desabafos, muitos dos agressores afirmam que viram suas mães sendo espancadas pelo pai ou padrastos e que apanharam muito na sua infância.

[...] E nós pudemos ver que o João, o Antônio, o José eram todos o mesmo homem. Tinham todos a mesma história de vida – homens sofridos, que viram a mãe sendo espancadas pelo pai ou padrastos e que apanharam muito na sua infância. (AGÊNCIA SENADO, 2015).

Nesse contexto, pertinente também é a experiência da promotora Maria Gabriela Prado Manssur, coordenadora do Núcleo de Combate à Violência contra a Mulher do Ministério Público, em Taboão da Serra/SP, que falou do projeto “Tempo de Despertar”. Segundo a promotora, o projeto foi iniciado em 2013, após a constatação de que, em 65% dos casos de violência, os autores eram reincidentes. Destacou:

[...] penso ser necessário se criar a obrigatoriedade de os homens comparecerem a esses cursos, inclusive de modo que essa participação possa trazer algum benefício para ele, como a eventual atenuação da

pena ou troca da pena de privação de liberdade pelo sursis, que é a suspensão condicional da pena. (AGÊNCIA SENADO, 2015).

Assim, percebe-se que, para promover as finalidades preventivas da pena aos agressores de violência doméstica e familiar, o tema da reeducação sobre os valores da mulher e da família são indispensáveis, não sendo relevante apenas uma política repressiva; é necessário aplicar também em esforços preventivos, inclusive voltados à contenção da reincidência.

A partir das discussões na audiência pública, no Senado (2015), foi encaminhado para essa Casa o Projeto (PSL 9/2016) que propõe a alteração da Lei 11.340/2006, com a finalidade de estabelecer a medida protetiva de frequência dos agressores ao Centro de Educação e Reabilitação do Agressor. A alteração está consubstanciada no artigo 23, que sofrerá a inclusão dos incisos IV e V. Este último determina a frequência dos agressores aos Centros de Educação e de Reabilitação.

A justificativa do projeto se deu em virtude das experiências bem-sucedidas, apresentadas na audiência pública, que revelam ações de baixos índices de reincidência por parte de agressores que participam de cursos e encontros que reflitam a identidade de gênero, machismo, responsabilidade pelos seus próprios atos, entre outros. Com a nova alteração feita pelo projeto, aplica-se o conteúdo do projeto, mesmo na fase de inquérito policial, que é anterior ao processo na Justiça, e facilita a prevenção de novas agressões.

O projeto foi aprovado no Senado no dia 31 de março de 2016, e os autores de agressões contra mulheres poderão ter a chance de rever seu comportamento e adotar novas formas de conduta, caso a Câmara dos Deputados confirme a decisão do Senado. Esta é, sem dúvida, uma das grandes inovações no enfrentamento à violência de gênero: os programas de reeducação dos homens que praticam atos ofensivos à integridade das mulheres. De qualquer sorte não deixa de ser louvável tal iniciativa, pois vem reforçar o que está previsto no artigo 152 [...] Parágrafo Único da Lei 11.340/2006 o qual preceitua que, “nos casos de violência doméstica, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”.

É salutar a existência de órgãos, instrumentos e procedimentos que sejam capazes de fazer cumprir as normas jurídicas, transformando-as de meras exigências abstratas, em ações concretas, pois é mais um instrumento que garante a efetividade da recuperação para o agressor. Sobre esse assunto,

a psicóloga Luciana Beco, integrante do serviço prisional de saúde do Distrito Federal, assim se posiciona:

‘A prática puramente punitiva aplicada pelo Direito Penal brasileiro não tem impacto na diminuição da reincidência da violência e nem tampouco na mudança no comportamento sexual humano’. Afirma ainda, a psicóloga, que ‘cuidar de um agressor é proteger diversas futuras vítimas, não só a vítima em si, a família da vítima, a família do agressor, o próprio agressor, a sociedade como um todo’. (AGÊNCIA SENADO, 2015).

Ainda sobre o tema, da reeducação do agressor, reportagem do programa “Fantástico”, da Rede Globo, exibido no dia 6 de novembro de 2016, mostrou como funcionam os Centros de Reabilitação para homens agressores em Brasília/DF e destacou que, desde a criação da Lei Maria da Penha, foram instaladas no Brasil apenas dezenove iniciativas de grupos de discussões de homens enquadrados na citada lei. A reportagem mostra o trabalho de homens sendo tratados com terapias de grupos, que tem a intenção de evitar que voltem a atacar mulheres (FANTÁSTICO, 2016).

Todas essas experiências traduzem a importância da obrigatoriedade da participação dos agressores em Grupos de Reflexão, Cursos ou Programas Educativos com profissionais habilitados e equipe multidisciplinar, pois só a privação da liberdade do infrator não promove a necessária mudança de comportamento, o que inviabiliza a redução dos índices de reincidência.

Na Paraíba, o Tribunal de Justiça lançou o projeto “Mulher merece respeito”, iniciativa que promove palestras nos Bairros de João Pessoa/PB, orientando as famílias sobre a violência doméstica e suas consequências. Durante palestra no bairro Valentina Figueiredo, na Capital paraibana, a Juíza Rita de Cássia explicou que “a legislação permitiu que os julgadores tivessem poder de ação para auxiliar às vítimas de violência, junto com os Poderes Públicos”, acrescentando ainda que outro objetivo do Juizado é orientar o agressor, de modo a possibilitar tratamento para que ele melhore à postura em relação à família (TJPB, 2017).

É necessário que existam espaços para atendimento aos agressores, e as medidas de reeducação sejam concretizadas. Apesar da competência, concorrente entre União, Estados e Municípios, com o fim de estruturar esses serviços, sabe-se que é difícil sua efetivação. Segundo Maria Berenice Dias,

“a desculpa é sempre a falta de recursos, quando o que falta mesmo é vontade política” (DIAS, 2015, p.89).

É de se observar que está tudo contido na lei, e as diretrizes que a compõe são importantes para enfrentamento da violência, não só no âmbito do Judiciário com penalização e condenação dos agressores, mas de medidas de prevenção, ressocialização, assistência mais imediata ou a longo prazo. Todas essas medidas são essenciais na efetivação da Lei 11.340/2006.

Neste sentido, FERNANDES (2015) afirma que

A reeducação do agressor é providência fundamental para a efetividade do processo protetivo, pois seus efeitos transcendem o processo e modificam a vida, o padrão comportamental do agente. O processo surge como instrumento de transformação social. Com a reeducação, o processo penal protetivo atinge um grande poder transformador, pois evita que o agente pratique novos atos de violência contra a vítima ou outras mulheres com quem venha a se relacionar no futuro. (FERNANDES, 2015, P. 169).

A autora mostra a importância do trabalho de reeducação do agressor, pois a ideia de somente “encorajar” as mulheres para que denuncie seus agressores em suas relações violentas, que prevaleceu por muito tempo no discurso de práticas feministas, não encontra solução para a questão do que fazer com esses homens, ficando cada vez mais evidente que eles também devem estar envolvidos nos processos de erradicação da violência no âmbito familiar nos lares brasileiros, desta feita diminuindo o índice de reincidência de crimes por violência doméstica e familiar contra a mulher.

5 Mas, e o agressor? Há a promoção de algum tipo de ressocialização ou somente punição?

Em conformidade com o artigo 152 da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais, “Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas” e, no tocante aos casos de apenados da violência doméstica conta a mulher, o parágrafo único da mencionada lei preceitua que o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

No tocante à recuperação do agressor, Dias (2016) afirma que o

comparecimento a programa de recuperação e reeducação do agressor talvez tenha sido a mais salutar previsão trazida pela Lei 11.340/2006, pois, quando a pena privativa de liberdade for substituída por penas restritivas de direitos, consistente na limitação de finais de semana, o agressor terá de comparecer, obrigatoriamente, a esses programas de recuperação e reeducação.

Acrescenta a autora que

A imposição de medida restritiva de direitos com a obrigatoriedade de acompanhamento em programas de recuperação e reeducação é a melhor maneira de enfrentar a violência doméstica, pois visa a conscientizar o agressor de que é indevido o seu agir. Só deste modo se poderá dar um basta às diversas formas de violência cometidas contra a mulher de forma tão reiterada há tanto tempo [...] É disto que o homem precisa se dar conta, que esta movimentação não existe e a agressão não tem qualquer justificativa. (DIAS, 2016, p. 20).

Para além das políticas de combate à violência doméstica, o Poder Judiciário deve atuar no campo preventivo e educativo. Nesse sentido, o sistema educativo tem seu papel fundamental, no tocante a gerar uma discussão acadêmica e popular a fim de instigar a igualdade e o respeito mútuo entre as pessoas, pois é através da educação que se alcança o conhecimento e, a partir do conhecimento, homens e mulheres têm mais segurança, cientes de seus direitos e deveres enquanto cidadãos e cidadãs.

Os Estados e Municípios não poderão se omitir da responsabilidade de proteger o cidadão agressor. Será nos Centros de Educação e Reabilitação de Agressores que os homens poderão encontrar uma oportunidade de expor as violências que cometeram e as que sofreram, vivenciando de forma direta a experiência em participar de uma temática que envolve a violência contra mulheres, vez que a maioria pensa que não é culpado de nada, apontando a vítima como incentivadora da violência praticada.

Para a mudança, sempre deverá existir uma iniciativa e uma atitude a ser encorajada. Sabemos que o maior passo para superar ou enfrentar um problema é assumi-lo. Desta feita, faz-se necessária a implantação de programas que articulem mecanismos alternativos, de recuperação e reabilitação de agressores e não somente das vítimas. Assim, o sistema penal não deve ser estigmatizante, pois, como se tem percebido, no contexto das punições efetivadas em cumprimento ao sistema penal brasileiro, poucas são as pessoas condenadas que chegam a cumprir sua pena de forma adequada e

digna de ressocialização, como preceitua a norma brasileira, aumentando de forma assustadora o índice carcerário e os casos de reincidência.

A título de ilustração sobre a “invisibilidade” do agressor, o Ministério Público do Estado da Paraíba tem desempenhado papel importantíssimo no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Além das Promotorias Criminais, foram criadas, nos últimos anos, duas Promotorias especializadas na temática, em João Pessoa e em Campina Grande. Elas são responsáveis por assegurar direitos e políticas públicas, garantindo a segurança de mulheres que vivem o drama da violência doméstica, mas não há nenhuma ação desenvolvida no tocante ao cumprimento da reeducação dos agressores, conforme pesquisa no *site* oficial do Ministério Público e Tribunal de Justiça da Paraíba.

Ainda no contexto do Estado da Paraíba, mesmo com o brilhante trabalho desenvolvido no combate à violência contra a mulher, as pesquisas em *sites* do Poder Judiciário e Ministério Público da Paraíba não mostram nenhum dado que relate a criação e implantação de trabalho envolvendo a reeducação dos agressores de violência doméstica, em grupos reflexivos; mostram apenas a aplicação das medidas punitivas como forma de cumprimento da Lei. Sendo assim, o Estado limita-se apenas a aplicar a lei penal aos casos de violência doméstica, sem uma contrapartida social necessária para uma efetiva mudança no contexto familiar, dando cumprimento do artigo 35, inciso V, da Lei Maria da Penha.

6 Considerações finais

Na busca pelo entendimento do que tem levado o homem a agredir a mulher e qual o papel que o poder público tem na implementação de políticas públicas assistenciais de recuperação do agressor, percebe-se que tivemos importantes avanços com a criação da Lei Maria da Penha, mesmo com algumas falhas em sua aplicabilidade e pouco investimento na reeducação do agressor.

Mesmo a Lei Maria da Penha estando em vigência há mais de dez anos e determinar a criação de Centros de Educação e Reabilitação para Agressores, as medidas nesse sentido têm sido tímidas, mantidas por poucos Estados. Mesmo pesquisas tendo demonstrado que todos os serviços desse formato apresentam significativos índices de êxito na erradicação da violência doméstica, com baixos índices de reincidências, ainda assim são deixados em segundo plano, em detrimento dos serviços emergenciais para atender a

mulher, refletindo ausência da cultura de prevenção, ou seja, espera-se que o fato aconteça para só depois tomar medidas cabíveis. Percebe-se que prestar um serviço de atendimento para homens agressores ainda é um tabu tanto para o Poder Público como para sociedade. Durante a pesquisa, fica evidente que os serviços existentes de atendimento aos agressores, no que se refere a grupos reflexivos de recuperação do agressor, apesar de poucos, têm resultados positivos com índice de reincidência zero.

Cumprir registrar que o trabalho com autores de violência doméstica coloca-se como uma proposta inovadora realizada pelo Poder Judiciário e Ministério Público, contribuindo para que o espaço da Justiça tenha ações de caráter preventivo, atuando além das punições. Todos os serviços desse formato apresentaram significativos índices de êxito na erradicação da violência doméstica em suas relações. Ideal seria que os serviços fossem ampliados e ofertados também pelas Secretarias de Ação Social dos Municípios, bem como fossem utilizados com essa finalidade os espaços acadêmicos, os quais possuem enorme potencial para desenvolver essas atividades, através de projetos, nas áreas de saúde, assistência social e direito.

Impossível fechar os olhos à existência de um caminho para amenizar os casos de violência familiar, ou seja, podemos constatar que se faz urgente e necessária a implantação dos serviços de atendimento aos agressores, em que possam ter apoio especializado para refletir sobre suas relações, sobre o contexto de suas vidas e sobre a realidade que os cerca, numa abordagem capaz de lidar com os significados que a violência carrega desde sua infância, os quais irão influenciar no bem-estar de toda família.

Em nenhum momento, pensou-se no sujeito agressor. Percebe-se que toda a atenção está voltada para o acompanhamento das vítimas. Então o que vemos é que os agressores são “invisíveis” diante do poder público. Qual a razão em deixarmos de fora, das políticas públicas, o principal responsável pela violência contra a mulher? Seria a falta de vontade política uma das causas para essa omissão do Estado diante de um problema tão expressivo no convívio familiar de muitos brasileiros? Também devemos observar que a visão repassada do sujeito agressor é extremamente negativa. Ele é visto e tratado como um marginal, então a sociedade não aceita com bons olhos o atendimento do agressor.

É importante observar que a presença do Estado se justifica exatamente diante de tantas afirmativas de que cuidar do agressor é proteger futuras vítimas, seus familiares e a sociedade como um todo, amenizando as “mazelas” de uma sociedade que de maneira natural pende para uma relação de

convívio voltada para a tentativa de manter “status” individuais, egoísticos, não importando os meios que para isso devam ser empregados. O uso da força física, normalmente, é a expressão mais autêntica daquilo que a doutrina visualiza como “um estado de guerra” e compete ao Estado, existindo meios para coibi-la, realizar tal tarefa, mas por meio de ações concretas e não meramente dilatórias do problema.

Aprofundar os estudos sobre o tema e ampliar essa discussão é o primeiro desafio, pois seriam medidas que realmente enfrentariam a causa do problema e não somente as suas consequências, já que os comportamentos violentos, em algumas situações, são tratáveis e devem buscar uma alternativa que garanta a efetividade da Lei Maria da Penha.

Referências

AGÊNCIA SENADO. *Políticas públicas podem ajudar a reeducar agressores de mulheres, dizem especialistas*. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/12/01/politicas-publicas-podem-ajudar-a-reeducar-agressores-de-mulheres-dizem-especialistas>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BERGAMO, M. *Lei Maria da Penha levou 38 mil homens à prisão em 2012*. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2013/10/1349784-lei-maria-da-penha-levou-38-mil-homens-a-prisao-em-2012.shtml>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BIANCHINI, A. *Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340/2006, aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://planalto.gov.br/CCv103/constituicao/constituicao compilado.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Plano nacional de políticas para as mulheres*. Brasília: SPM, 2006.

_____. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. *Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres*. Brasília: Presidência da República, 2011.

_____. SPM. *Proposta para implementação dos serviços de responsabilização do agressor*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://spm.gov.br/convênios/roteiro-elaboracao-projetos-2009-1.pdf>>. Acesso em: 31 maio. 2017.

CAMILO, J. *Reincidência de agressores de mulheres que passam por ações socioeducativas é zero*. Disponível em: <<https://edicao.jornalpequeno.com.br/impresso/2013/03/07/reincidencia-de-agressores-de-mulheres-que-passam-por-aco-es-socioeducativas-e-zero-a-hr/>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

CUNHA, R. S. *Violência doméstica Lei Maria da Penha: comentada*, artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIÁRIO dos campos. Disponível em: <<http://www.diariodosc campos.com.br/policia/autores-de-violencia-domestica-terao-grupo-de-reflexao-623...>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

DIAS, M. B. *Lei Maria da Penha: afetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDES, V. D. S. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade, abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

GUEDES, Gabriela. *Lei Maria da Penha é divulgada no Bairro Valentina Figueiredo*. 2013. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/lei-maria-da-penha-e-divulgada-no-bairro-valentina-figueiredo/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

GRANJEIRO, I. A. C. L. *Agressão conjugal mútua: justiça restaurativa e Lei Maria da Penha*. Curitiba: Juruá, 2012. 244 p.

JUSBRASIL. *Tratamento da mulher no código civil de 1916 e no de 2002*. Disponível em: <<https://lecampopiano24.jusbrasil.com.br/artigos/339145700/tratamento-da-mulher-no-codigo-civil-de-1916-e-no-de-2002>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

NOOS. *Homens, violência de gênero e saúde sexual e reprodutiva: um estudo sobre homens no Rio de Janeiro/Brasil*. Disponível em: <<http://promundo.org.br/wp-content/uploads/sites/2/2015/01/Homens-violencia-de-genero-e-saude-sexual-e-reprodutiva.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. *Justiça em seu bairro: mulher merece respeito*. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/programas-e-projetos/mulher-merece-respeito/o-projeto/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

PEREIRA, S. C. *A atuação do poder público brasileiro frente aos agressores de violência doméstica contra a mulher*. 2014. 66 f. TCC (Graduação em Serviço Social)- Universidade Federal de São Paulo, Santos, 2014. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/07/SHEILACRISTINAPEREIRA_Aatuacaodopoderpublicofrenteaoagressores2014.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2017.

SOUZA, Valéria Pinheiro. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: a Lei Maria da Penha: uma análise jurídica*. 2008. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/violencia-domestica-familiar-contra-mulher-lei-maria-.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

SÓ PB. *Ministério público denuncia um agressor de mulheres a cada 2h30, na PB*. Disponível em: <<http://www.sopb.com.br/noticia/19309/paraiba/2017/03/13/ministerio-publico-denuncia-um-agressor-de-mulheres-a-cada-2h30-na-pb>>. Acesso em: 10 maio 2017.

OS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira
Bacharel em Direito

Resumo

A investigação das historicidades que envolvem o longo processo de luta dos povos indígenas do Brasil e suas conquistas diante do direito brasileiro é o grande ponto central da presente pesquisa. Assim, objetiva-se fazer uma reflexão crítica acerca de como um povo que antes do advento da constituição de 1988 era visto apenas como uma categoria social transitória, passa a ser de fato reconhecido e contemplado pelo direito brasileiro. Trata-se de uma perspectiva em que usaremos, como ponto de partida, os percursos históricos e sociais que envolvem as temáticas indigenistas em face das constituições federais, bem como da sociedade brasileira em momentos distintos de consciência no exercício da cidadania, fazendo também uma análise antropológica dos índios brasileiros no intuito de estabelecer a sua importância para o processo de formação de uma identidade brasileira e, assim, traçar os desafios enfrentados por estes até a chegada da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Povos indígenas. Direito ambiental. Constituições brasileiras.

Abstract

The investigation of historicities involving the long process of struggle of the indigenous peoples of Brazil and its achievements before the Brazilian law is the major focus of this research. Thus, the objective is to make a critical reflection about how a people that before the advent of the 1988 Constitution was seen only as a transitory social category, is now a recognized fact and contemplated by Brazilian law. It is a perspective which we will use as a starting point the historical and social pathways involving indigenous issues in the face of federal constitutions, as well as the Brazilian society into distinct consciousness moments in the exercise of citizenship, also making an anthropological analysis of the Indians Brazilians in order to establish their relevance to the process of formation of a Brazilian identity, and so map out the challenges faced by them until the arrival of the 1988 Constitution.

Keywords: Indigenous peoples. Environmental law. Brazilian constitutions.

1 Introdução

Para que possamos tratar da história dos povos indígenas do Brasil e de seu processo contínuo de busca pelo reconhecimento de direitos, é de vital importância que também falemos da história do Brasil. Para tal, é necessário que façamos uma viagem no tempo até o longínquo ano de 1500, quando as expedições portuguesas comandadas por Pedro Álvares Cabral zarparam rumo às terras brasileiras.

Pouco tempo antes, animados com a chegada de Cristóvão Colombo às Américas, em 1492, portugueses e espanhóis assinam dois anos depois, em 1494, o Tratado de Tordesilhas, quando as duas nações faziam a partilha das terras recém-descobertas do novo continente entre si, no intuito de evitar possíveis conflitos e convergir os interesses de ambas as nações.

Porém, apesar de oficialmente descobertas no ano de 1500, a efetiva colonização das terras brasileiras só começaria de fato trinta anos depois, em 1530, quando o então rei de Portugal, Dom João III, decidira enviar uma expedição com o objetivo de colonizar o litoral brasileiro, dificultando, assim, possíveis invasões de nações que também estavam em processo de expansão marítima a partir do auge das grandes navegações, como Holanda, França e Inglaterra. Deste modo, o ano de 1530 torna-se também um marco para um território que, mesmos passados trinta anos de seu “descobrimento”, permanecia na condição exclusiva de colônia de exploração.

Ao chegarem a solo brasileiro, os portugueses não encontraram nenhuma resistência nem se depararam com nenhum grau de hostilidade por parte dos diversos povos que nessas terras habitavam; pelo contrário, não bastava sentirem-se donos da terra, sentiram-se também no legítimo direito de nomear os seres que nela viviam, como podemos perceber:

O colonizador, quando aportou em terras brasileiras, já encontrou uma grande população plenamente estabelecida. Esta população era de aproximadamente cinco milhões de indivíduos e composta por muitos e muitos povos extremamente diferentes entre si. Os povos nativos que aqui estavam passaram a ser conhecidos como índios. Esta designação passou a ser válida para todos os povos e indivíduos que aqui habitavam. (ANTUNES, 2010, p. 889)

O colonizador chamara então de índios o conjunto de povos que em terras brasileiras fazia morada, ignorando, portanto, as singularidades, os costumes e as características inerentes a cada tribo. Essa generalização,

colocada de maneira errônea pelos portugueses, demonstra muito da sua verdadeira intenção em utilizarem-se da mão de obra indígena para construir o seu “novo mundo”, como destaca Rodolfo Garcia no sentido de que, “desde o primeiro contato com a terra do Brasil, como veio a se chamar logo depois, e com a população aborígene, começaram os descobridores a praticar a escravidão.” (GARCIA, 1975, p.63)

Outro dos pilares do projeto de colonização foi, sem dúvidas, a tarefa de difundir a religião católica entre os indígenas, utilizando-se inclusive da força bruta para impor a superioridade e dominação do “homem branco”, que ironicamente ignorava os preceitos cristãos aos quais se propôs a pregar, permitindo que realidades, como a escravidão e o extermínio, se tornassem cada dia mais comuns dentro das terras brasileiras, como mostra o historiador do direito brasileiro Izidoro Martins Jr. ao ressaltar uma passagem do regimento de 1548 que deixa claro a preocupação dos portugueses para com os indígenas em sentido de “... Destruir-lhes as aldeias e povoações, matando, cativando e expulsando o número que lhe parecesse bastante para castigo e exemplo.” (MARTINS JR., 1979, p. 133)

Desse modo, é importante percebermos que, a partir do momento em que os colonizadores tentam impor aos povos indígenas a escravidão e a sua fé cristã, ocorre uma resistência e, conseqüentemente, um inevitável conflito que resulta na morte e derrota dos índios em face dos portugueses, quando,

Diferentemente daquilo que é pregado pela história oficial, a colonização não se fez sem sangue e sem luta. A disparidade entre a força das armas, o nível organizacional e outras circunstâncias levaram os povos nativos à derrota ante o colonizador. (ANTUNES, 2010, p.889)

Assim, é certamente unânime o entendimento de que a história do processo de colonização das terras brasileiras ficou marcado também pelas condições precárias com que eram tratados os indígenas capturados, que terminavam em cativeiros – legalizados a partir do ano de 1537 – e reféns do próprio dilema entre estado e religião, que ora eram favoráveis, ora eram contrários ao cativeiro e escravidão indígena, como converge Paulo de Bessa Antunes, ao esclarecer que “a legislação acerca dos direitos, deveres e escravidão dos indígenas sempre foi muito confusa, embora tivesse um núcleo comum que era o de, no mínimo, submeter os índios à religião católica.” (ANTUNES, 2010, p.892). Entre leis revogadas e reestabelecidas, apenas em 27 de outubro de 1831 foi definitivamente revogada a escravidão indígena. Finalmente, terminara a problemática da escravidão e apenas aí começaria a jornada na busca por direitos.

Feita essa viagem no tempo em busca de uma melhor compreensão acerca do início das relações entre o “homem branco” e os índios brasileiros, seguiremos rumo à construção de conceitos e formulação de novas compreensões acerca dos subsídios fornecidos pelo direito brasileiro ao povo indígena, bem como os aspectos gerais da relação dos mesmos com a sociedade pós-moderna, de acordo com a perspectiva das ciências sociais enquanto ferramenta de compreensão.

Assim, é muito conveniente que façamos uma abordagem interdisciplinar acerca da condição social dos povos indígenas. Para isso, recorreremos ao subsídio sempre importante das ciências sociais, com foco em estudos antropológicos já desenvolvidos sobre cultura, colonização, poder e alteridade; assim, teremos uma visão panorâmica do tema proposto.

2A antropologia dos índios brasileiros: breve comparativo entre o civilizado e o selvagem

Sabe-se que a Antropologia é o estudo do homem em suas mais diversas dimensões e perspectivas durante o transcurso do tempo. Assim, a principal área do conhecimento antropológico a que iremos nos ater é a antropologia cultural, no intuito de analisar o processo de evolução cultural de colonizados e colonizadores das terras brasileiras antes mesmo de adentrar nos aspectos jurídicos de fato.

Desde o seu início, o processo de colonização foi marcado pelo antagonismo nas relações entre “homens brancos” e índios, que representariam, respectivamente, as figuras do “civilizado” e do “selvagem”, alimentados pelo maniqueísmo de que um seria a personificação do bem, e o outro seria o mal. E é importante acrescentar que, durante muito tempo, essa tese serviu como justificativa para a dominação portuguesa sobre os povos indígenas, como destaca o Antropólogo François Laplatine ao dizer que

A extrema diversidade das sociedades humanas raramente apareceu aos homens como um fato, e, sim, como uma aberração exigindo uma justificação. A antiguidade grega designava sob o nome de *bárbaro* tudo o que não participava da helenidade (em referência à inarticulação do canto dos pássaros oposto à significação da linguagem humana), o Renascimento e os séculos XVII e XVIII falavam de *naturais* ou de *selvagens* (isto é, seres da floresta), opondo assim a animalidade à humanidade. (LAPLATINE, 2007, p. 40).

Portanto, é perceptível que a curiosidade inicial com que fora vista a cultura nativa pelos portugueses logo dá espaço ao preconceito, que funciona como uma força motriz para a posterior subjugação dos índios brasileiros. Os conhecimentos antropológicos dos quais dispunham as sociedades envolvidas nos processos das grandes navegações também foi determinante para a efetivação da política colonialista, como nos mostra o cientista social José Manuel de Sacadura Rocha:

Nos séculos XVI, XVII e XVIII, as potências ultramarinas europeias usaram os primeiros estudos antropológicos com vistas mais a explorar os nativos dos territórios recém-descobertos ou conquistados, como no caso das Américas, da África, da Oceania e mesmo da Ásia. (ROCHA, 2010, p.12)

O interesse de cunho antropológico do colonizador pelo conjunto de particularidades e excentricidades dos nativos em relação à cultura eurocêntrica foi, portanto, derivado, primeiramente, do interesse colonial; segundo, do ponto de vista religioso quando já se começavam os planejamentos de difusão da religião católica. Para fins de exemplificação, Alfredo Attié Jr. cita, em seu livro *A Reconstrução do Direito*, a fala de Gabriel Soares de Sousa, senhor de engenho na Bahia, que, em 1587, diz:

Gentios: quanto aos tupinambás, faltam-lhes três letras das do ABC, que são o F, L, R, grande ou dobrado, coisa muito para se notar; porque se não tem F, é porque não têm fé em nenhuma coisa que adorem; nem os nascidos entre os cristãos e doutrinados pelos padres da companhia (de Jesus) têm fé em Deus Nosso Senhor, não têm verdade, nem lealdade a nenhuma pessoa que lhes faça bem. E se não têm L na sua pronúnciação, é porque não têm lei alguma que guardar, nem preceitos para se governarem; e cada um faz lei a seu modo, e ao som de sua vontade; sem haver entre eles leis com que se governem, nem têm leis uns com os outros. E, se não têm esta letra R na sua pronúnciação, é porque não tem rei que os reja, e a quem obedecem, nem obedecem a ninguém, nem ao pai o filho, nem o filho ao pai, e cada um vive ao som de sua vontade. (ATTIÉ JR., 2003, p. 50-51).

É possível perceber, então, as inúmeras tentativas de traçar o perfil dos índios brasileiros a partir do estudo de sua cultura e seu comportamento em sociedade. A partir disso, antropológicamente se fala nas figuras de um “bom

selvagem”, que é compreendida no fato de sua pureza, ingenuidade e proximidade com a natureza, também podendo ser classificado como um “mau selvagem”, em face de sua falta de organização política, fé cristã e escrita. Do mesmo modo, divide-se a figura do colonizador em “bom civilizado”, em virtude de sua religiosidade e senso de cooperação social, e também podendo assumir o papel de “mau civilizado”, por sua desobediência aos preceitos da fé, principalmente no que diz respeito aos atos praticados contra os seus semelhantes, como a subjugação e, por vezes, sentença de morte que lhes fora imposta.

Entretanto, a visão que, até então, era unicamente no sentido de explorar difere em muito dos dias atuais, em que se chegou até uma cultura de preservação dos costumes indígenas e de proteção contra possíveis extinções que essas comunidades poderiam vir a sofrer por meio do contato com a sociedade moderna. Nessa perspectiva, ilustra com grande propriedade o escrito brasileiro Oswald de Andrade acerca da necessidade de se lidar com outras culturas:

Só a Antropofagia nos une. Socialmente. Economicamente. Filosoficamente.

Única lei do mundo. Expressão mascarada de todos os individualismos, de todos os coletivismos. De todas as religiões. De todos os tratados de paz.

Tupi, or not tupi that is the question.

Contra todas as catequese. E contra a mãe dos Gracos.

Só me interessa o que não é meu. Lei do homem. Lei do antropófago.

(Revista de Antropofagia, Ano I, No. I, maio de 1928.)

Portanto, percebemos que a utilização da palavra antropofagia – que implica o ato de comer/devorar carne humana – está em sentido figurado, aplicando-se na perspectiva de propor uma maneira nova de lidar com outras culturas, aprendendo com elas. Assim, absorver as culturas estrangeiras seria um importante passo no intuito de formar uma cultura verdadeiramente nacional.

3 Brasil: independência em busca de uma cultura e identidade nacional

A história encarregou-se de mostrar que o processo de formação e evolução da cultura nacional não foi um processo simples e rápido. Após a ocupação e “vitória” do europeu sobre os nativos que viviam em terras brasileiras e efetivação do processo colonial, deu-se início o processo de construção de um Brasil vinculado aos valores e interesses de sua metrópole, Portugal.

Os índios que não viram suas tribos escravizadas ou exterminadas pelas doenças trazidas pelos colonizadores, ou ainda que não se envolveram em conflitos com estes, foram postos à margem da sociedade que se constituía nestas terras ou se isolaram no intuito de sobreviver. Deste modo, em meados do século XVI, época em que a cana-de-açúcar era o principal produto de exportação do Brasil, a importação de trabalho escravo vindo da África tornou-se uma alternativa mais viável ao cultivo, vez que o trabalho indígena já não se mostrava eficaz para atender as demandas.

O processo de construção histórica da identidade nacional começa a ser consolidado de fato a partir da independência do Brasil da então metrópole Portugal, em 7 de setembro de 1822. Assim, como reitera o historiador brasileiro Tales dos Santos Pinto,

Os esforços para se constituir a identidade brasileira, que também é chamada de brasilidade, estão ligados à necessidade de uma coesão social que acompanhe a existência de um Estado que administra todo o território nacional. Dessa forma, a manutenção de uma máquina administrativa comum a todo o território nacional foi um primeiro passo na construção da identidade. (PINTO, Tales dos Santos. *Construção da Identidade Brasileira*. Disponível em: <http://www.mundoeducacao.com/historiadobrasil/a-identidade-nacao-brasileira.htm>. Acesso em: 05/10/2015).

Nesse contexto, faz-se necessário que haja a compreensão de que os povos indígenas brasileiros foram inicialmente excluídos do processo de construção daquilo que se esperava ser a identidade nacional, constituída por todos os segmentos étnicos que compunham o Brasil da época dentro das possibilidades e restrições ainda estabelecidas na sociedade, agora Imperial.

A problemática da identidade nacional brasileira está longe de encontrar um fim, ou ao menos uma solução pacífica. Assim, a mais fiel representação de uma cultura verdadeiramente local – que eram, sem dúvidas, as culturas indígenas – passa, a priori, despercebida pela sociedade, pelo direito e de certa forma pela própria antropologia da época. O antropólogo Roberto DaMatta, em sua obra *O que faz do Brasil, Brasil?*, já nos alertava para a problemática da identidade, ao dizer que

Trata-se, sempre, da questão da identidade. De saber que somos e como somos; de saber por que somos. Sobretudo quando nos damos conta de que o homem se distingue dos animais por ter a capacidade de se

identificar, justificar e singularizar: de saber quem ele é. De fato, a identidade social é algo tão importante que o conhecer-se a si mesmo através dos outros deixou os livros de Filosofia para se constituir numa busca antropológica orientada. (DAMATTA, 1986, p.15)

Apenas em 1934, com o advento da terceira constituição brasileira, os povos indígenas foram inicialmente amparados pela legislação brasileira, sendo também, aos poucos, inseridos no processo contínuo de construção da identidade nacional, mesmo que ainda com a visão limitada de que seriam posteriormente incorporados pela sociedade “brasileira”, como veremos a seguir.

4 Os povos indígenas dentro da evolução histórica da Constituição Federal no cenário brasileiro

Sabe-se que o Direito Constitucional é um dos diversos ramos da Ciência Jurídica. Desse modo, sua essência é o estudo das normas centrais de um ordenamento jurídico e a verificação de como essas normas se relacionam com os indivíduos que estão interligados ao dito ordenamento. Dentro de todo e qualquer sistema jurídico bem organizado, existe a figura da Constituição, seu conceito, porém varia de acordo com o âmbito em que se discute o fenômeno constitucional.

Em sentido sociológico, atribuído por Ferdinand Lassalle, a constituição deve sempre adequar-se aos anseios sociais, ou de nada serviria, sendo então uma estrutura resultante da soma de fatores de poder que norteiam a sociedade. No sentido jurídico clássico, o positivista Hans Kelsen diz que a constituição é a norma central do ordenamento jurídico, servindo de base para todas as outras regras que compõem o dito ordenamento. Em sentido político, como concebe Carl Schmitt, a constituição reflete uma decisão política que serviria como base para determinar os preceitos a serem adotados pelo Estado. Por fim, temos a visão contemporânea de Konrad Hesse, de que a Constituição deveria cumprir os papéis de integrar, organizar e dirigir juridicamente a sociedade; assim, “a Constituição é considerada como a ordem jurídica fundamental e estruturante do Estado, cujo conteúdo essencial de suas normas deve estar legitimado pelos fatos sociais e pelos valores máximos do direito” (BARRETO, 2013, p.93).

A partir de seu processo de independência até os dias atuais, o Estado brasileiro conta com um histórico de sete constituições federais. A evolução histórica da sociedade e, por consequência, das constituições brasileiras fora de fundamental importância também para os povos indígenas, uma vez que

representou uma gradativa conquista de direitos e principalmente de visibilidade num contexto que até então era de exclusão social. Entretanto, essa caminhada não foi fácil. O primeiro texto constitucional brasileiro foi outorgado pelo então Imperador Dom Pedro I no ano de 1824, sendo totalmente omissa ao caso dos índios brasileiros, como podemos perceber a seguir:

A Constituição Brasileira de 1824 não dedicou qualquer de seus itens ao tratamento dos problemas indígenas. Foi totalmente omissa. A omissão constitucional redundava, provavelmente, do fato de a carta ter sido outorgada e do pouco interesse que a sorte dos índios sempre despertou nas classes dirigentes brasileiras, imperiais e republicanas. (ANTUNES, 2010, p. 895)

Assim, tínhamos uma constituição que desconsiderava totalmente as diversidades étnicas e culturais que eram particulares do Brasil, tratando a sociedade brasileira como sendo homogênea. Logo em seguida, com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, mais uma vez as pautas indigenistas foram deixadas do lado de fora, embora tenham sido discutidas durante a assembleia constituinte.

Em 1910, foi criado, por meio do Decreto-Lei nº 8.072, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), funcionando como o primeiro órgão oficial do governo com a finalidade de executar a política indigenista, protegendo os índios e desenvolvendo estratégias de ocupação de terras. Após esse marco, tivemos a primeira constituição a tratar acerca da situação jurídica dos índios, que foi a constituição promulgada na Era Vargas, em 1934. Foram inicialmente dedicados dois tópicos ao tema os quais tratavam sobre a competência privativa da união em legislar sobre temas dentre os quais estava a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional; também fora tratado o tema acerca do respeito à posse das terras ocupadas pelos índios. Os textos seguintes, de 1937 e 1946, respectivamente, não apresentaram grandes inovações no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas. Já em 1967, a constituição estabelecia em seu texto a inclusão das terras ocupadas pelos indígenas como bens da União, incluindo também entre as competências legislativas desta a nacionalidade, cidadania e naturalização dos silvícolas, bem como sua incorporação à comunhão nacional.

Um dos passos mais importantes rumo à conquista e garantia de direitos para os povos indígenas foi, sem sombra de dúvidas, a vigência da Lei nº 6.001/73, também conhecida como Estatuto do Índio, que, em seu art. 1º, revela que seus objetivos consistem em:

Art. 1º - Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Cumpre destacar que o “Estatuto do Índio” também aborda a possibilidade jurídica de o silvícola adquirir imóvel por usucapião, sendo o chamado usucapião indígena. Outro fator de destaque do Estatuto do Índio foi a classificação atribuída aos povos indígenas, de acordo com o seu grau de integração com a sociedade. Sendo assim,

Art. 4º - Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Uma das maiores características do direito é o seu dinamismo. O direito surge para atender aos anseios do povo e para servir como instrumento de promoção da igualdade e da justiça sempre que lhe seja possível. Nessa perspectiva, deve sempre acompanhar o progresso e desenvolvimento da sociedade na qual está inserido. O Estatuto do Índio ainda se encontrava regido pelo Código Civil de 1916, vigente na época, quando se poderia considerar os índios como “relativamente capazes”, sendo tutelados por um órgão do Estado. Com o advento da Constituição de 1988 e, posteriormente, do Código Civil de 2002, o Estatuto do Índio já não mais é capaz de atingir todas as demandas dos povos indígenas, que lutam pela sua reformulação.

Vejam, a seguir, as principais garantias e melhorias asseguradas aos silvícolas pela Constituição da 1988 e demais dispositivos legais, vigentes até os dias atuais.

5 A relação do estado brasileiro com os povos indígenas no Brasil sob o paradigma da Constituição de 1988

A Constituição Brasileira de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, foi, sem dúvidas, a carta constitucional de maior abrangência no que diz respeito à proteção jurídica dos povos indígenas, englobando também os aspectos de proteção física e cultural, incluindo também os aspectos religiosos e econômicos, no sentido de promover a preservação de um povo até então negligenciado de certo modo pelo sistema jurídico nacional. Assim, como bem observa Benedito Ferreira Marques (2015, p.117),

A atual Constituição Federal chegou mesmo a dedicar um capítulo inteiro sobre os índios (Cap. VIII do Tít. VIII – Da Ordem Social). Em dois densos artigos (231 e 232), o legislador constituinte realçou, entre outros direitos dos índios, aquele sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cumprindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Em seu conteúdo, o texto constitucional vigente é muito mais completo em relação aos seus antecessores ao tratar da questão indígena, como acesso à educação a partir da utilização das línguas maternas de cada povo e dos processos específicos de aprendizagem para os povos indígenas, a partir do artigo 210, ao dizer que

Art. 210 - Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Os temas referentes às faixas de terra ocupadas por estes não foram esquecidos, uma vez que a constituição contempla, em seu capítulo VIII -

“Dos Índios” - artigos exclusivamente dedicados às questões referentes ao exercício desse direito à terra, como podemos observar no artigo 231, com destaque para alguns parágrafos, e no artigo 232, ao estabelecerem que

Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *‘ad referendum’* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Art. 232 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Observa-se, então, que uma das maiores preocupações do legislador foi a de garantir a perpetuação dos costumes e da identidade dos povos indígena com o respeito às suas línguas naturais. Nesse sentido, também se estabelece como função institucional do Ministério Público a de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, como preceitua o artigo 129 da Constituição:

Art. 129. - São funções institucionais do Ministério Público:

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

Especificamente, acerca dos valores culturais pertencentes aos povos indígenas do Brasil, fica claro, nas palavras de Paulo de Bessa Antunes (2010, p. 898), que

Ainda no campo cultural, o constituinte desejou fossem garantidas as peculiaridades da cultura indígena. Em assim sendo, foi assegurada aos índios a proteção de seus valores e manifestações culturais (art. 2015). Não se pode deixar de anotar que as tradições, modos e maneiras de viver, pensar e produzir, indígenas, por força da norma contida no artigo 216, são parte integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Assim, diferentemente de outras épocas, podemos ver a inclusão e o reconhecimento da cultura indígena como parte integrante da cultura brasileira, sendo um patrimônio que merece e precisa ser preservado. Convergindo com esse entendimento, o artigo 215 da CF/88 preceitua que

Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Durante parte desse processo de lutas e conquistas de direitos antecedentes à Carta Constitucional de 1988, é de suma importância que se reconheça o papel da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro, criado em 1967, e responsável pela promoção de políticas voltadas para a consolidação de uma cultura pluriétnica. O mais surpreendente em todo esse processo de valorização da cultura indígena é que, até o final da década de 1970, se acreditava que a extinção da população indígena era inevitável. Hoje, segundo os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), essa história mudou, e, no ano de 2012, o número de indígenas em território brasileiro chegou a 896,9 mil.

6 A problemática indígena nos dias atuais: desafios e perspectivas ao efetivo cumprimento da lei

Nos dias atuais, mesmo com o advento da Constituição de 1988 e a grande conquista de direitos assegurados aos povos indígenas por esta, existe uma enorme barreira entre o que está escrito e o efetivo cumprimento da lei. Nesse

sentido, podemos destacar alguns pontos como os principais desafios enfrentados na atualidade pelos índios brasileiros, dentre os quais estão o pouco acesso aos serviços básicos como saúde, o enfrentamento da violência e discriminação por parte da população, principalmente aqueles que vivem das práticas ilegais de extração da madeira para exportação, chegando a protagonizar cenas de conflitos armados.

De fato, muitas vezes as comunidades indígenas são sequer consultadas acerca das decisões de cunho econômico e político que são tomadas – e que influenciam diretamente na sua existência – pelo poder público, mostrando as fragilidades de um sistema jurídico-normativo que, embora tenha avançado de maneira considerável no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais e elaboração de legislação específica para os povos e comunidades indígenas, não se preocupa em fiscalizar o real cumprimento dessas legislações existentes.

A falta desse tipo de fiscalização, em torno das políticas públicas e legislações voltadas para o índio, tem acarretado constantes violações dos direitos humanos desse grupo, que continua, de certo modo, sendo posto à margem pelo processo de desenvolvimento nacional que, sem nenhum tipo de provocação às mesas de debate, investe na construção de rodovias, hidrelétricas e não busca soluções alternativas para a redução das degradações ambientais, processos que influem diretamente no bem-estar e qualidade de vida dos povos indígenas que ainda se encontram em estado de isolamento ou pouco contato com grupos estranhos. Assim, a tendência é que o número de populações indígenas classificadas como isoladas diminua gradativamente até chegar ao ponto em que sejam forçados a integra-se à sociedade brasileira, englobando também a sua cultura e costumes, fato esse que pode ocasionar mais uma perda do ponto de vista histórico e cultural.

Fica clara, então, a necessidade de provocar-se o debate político e social acerca da efetiva proteção dos povos indígenas e de seus costumes, criando uma consciência nacional de que o índio não deve ficar apenas nos livros de história nem deve ser valorizado apenas no seu dia – o Dia Nacional do Índio é celebrado no dia 19 de abril –, devendo ser respeitado e tutelado pelo direito na medida em que a sociedade se torna consciente de sua característica pluriétnica.

7 Conclusão

Diante do exposto e considerando-se a importância da temática indigenista para o direito brasileiro e conseqüentemente para as ciências sociais, é fundamental que se possa conhecer melhor e assim inflamar o debate sobre o

longo processo de lutas em busca do reconhecimento dos direitos e a consequente conquista gradativa de direitos a partir da evolução histórica das cartas constitucionais brasileiras. O processo de integração e reconhecimentos dos indígenas não foi fácil, sendo perceptível que apenas a constituição vigente demonstrou uma maior preocupação em tratar acerca da preservação de sua cultura e também assegurar-lhes direitos inerentes à sua condição.

Nesse sentido, buscou-se traçar um panorama antropológico e também social no intuito de estabelecer os laços entre o processo de formação de uma identidade genuinamente brasileira e a inserção da cultura indígena enquanto parte integrante desta. De fato, é inegável a contribuição da Constituição Brasileira de 1988 para a inserção dos povos indígenas no cenário nacional, com as devidas proteções jurídico-normativas inerentes à sua condição. Entretanto, também há de se notar que existe ainda um grande abismo que separa a aplicação das legislações específicas e direcionadas aos índios da efetivação das políticas públicas de proteção e incentivo aos povos indígenas em sua abrangência e diversidade.

Propõe-se, além de uma conscientização e incentivo à fomentação do debate acerca das questões inerentes aos povos indígenas, – seja nos espaços acadêmicos, seja nos meios sociais ou até mesmo no âmbito político – que também haja uma maior parceria da sociedade brasileira com as organizações responsáveis pela proteção dos direitos dos povos indígenas. Essa parceria pode dar-se de várias maneiras, dentre as quais podemos destacar a realização de eventos acadêmicos e sociais – conferências, congressos e mesas redondas – no intuito de aproximar da população a realidade e as dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas no atual cenário nacional, onde, conseqüentemente, se faz necessário sensibilizar o poder público para que não feche os olhos para as questões indígenas, nem coloque as suas demandas em segundo plano, sendo marginalizadas pelo processo de expansão econômica e urbanística da sociedade brasileira.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2010.

ATTIÉ JR., Alfredo. *A reconstrução do direito: existência, liberdade, diversidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. BARRETO, Alex Muniz. *Direito constitucional positivo*. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2015.

BRASIL. *Código civil brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Estatuto do índio. Brasília: 1973.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?*. Rio de Janeiro: Rocco: 1986.

DISPONÍVEL EM: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/ibge-detalha-dados-sobre-povos-indigenas>>. Acesso em: 28 set. 2017

DISPONÍVEL EM: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 6 out. 2017

GARCIA, Rodolfo. *Ensaio sobre a história política e administrativa do Brasil (1500-1810)*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio/INL, 1975.

LAPLATINE, François. *Aprender antropologia*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS JR., Izidoro. *História do direito nacional*. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia jurídica: para uma filosofia antropológica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

4 DIREITOS HUMANOS



**1º Concurso de Fotografia MPPB e Cidadania
“Areia Vermelha”
Márcio de Miranda Gago
3º Lugar Profissional
(Acervo do Arquivo do MPPB)**

A LIBERDADE COMO EXCEÇÃO: UMA ANÁLISE DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NO ESTADO DA PARAÍBA

Márcio Augustus Barbosa Timótheo
Acadêmico de Direito

Suzana de Almeida Pires
Acadêmica de Direito

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de analisar, à luz do ordenamento jurídico pátrio e dos dados fáticos, a realidade dos presos provisórios integrantes do sistema penitenciário do Estado da Paraíba. Inicialmente, é feita uma explanação acerca do disposto no Código de Processo Penal e em outras leis que tratem da possibilidade de prisão provisória. Posteriormente, aborda-se a situação brasileira e paraibana a fim de se identificar onde se encontram os problemas existentes, tendo-se por resultado uma deficiência sistemática do sistema penitenciário que percorre da esfera judiciária – com a má aplicação das prisões provisórias e a insuficiência de defensores públicos – à administrativa, com o governo do Estado gerindo erroneamente o sistema carcerário. A metodologia utilizada foi a análise da situação fática, considerada a partir de importantes dados e estudos, à luz do ordenamento jurídico além da experiência dos pesquisadores em parceria com a Promotoria de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos do Ministério Público do Estado da Paraíba. A análise resultou na sugestão de algumas soluções, no âmbito jurídico-administrativo, que objetivam a superação das problemáticas elencadas no trabalho, no viés de um trabalho integrado entre governo do Estado, poder judiciário e defensoria pública.

Palavras-chave: Prisão provisória. Sistema penitenciário. Direitos humanos.

Abstract

This paper has the objective to analysis, according to our legal order and real data, the reality of provisional prisoners on the prison system of Paraíba. Firstly, it was done an explanation regarding what is included on the criminal procedure code and in others legislations which treats about possibilities of provisional prison. Forward, it is approached Paraíba's situation in order to identify where are the issues, having as a result a systematically deficiency of prison system which runs through the judicial sphere, with a wrongly application of provisional prisons and the insufficiency of public defenders, and

administrative, with an incorrect management of the prison system, by the authorities. The methodology used was the analyse of truly situations, considered from relevant data and studies, on the light of the legal order and the research experience as a result of the partnership with the Promotoria da Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos no Estado da Paraíba. The study resulted on suggestions of some solutions, on the judicial and administrative sphere, which purposes an overcome on the detailed issues, based on an integrated work between the government, judicial power and public defence.

Keywords: Temporary arrest. Penitentiary system. Human rights.

1 Introdução

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, e ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. É isso que dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo em seus artigos iniciais. O Brasil, Estado Democrático de Direito, tem em sua essência, também, positivados na Constituição Federal os direitos fundamentais de todo ser humano. Dentre estes, indubitavelmente, a liberdade encontra tutela estatal e merecida proteção, dada sua importância para o progresso individual e da Nação, não sendo, como todo Direito Fundamental, passível de alienação, subjugação ou qualquer tipo de mácula a seu total gozo. É direito irrenunciável¹. Dessa forma, tem-se que o zelo e a atuação estatal deve ser voltada a fim de garantir a liberdade de seus indivíduos, sendo a liberdade restrita, apenas, diante de corretos procedimentos jurídicos. No entanto, verifica-se, no Brasil e no Estado da Paraíba, total desobediências às condições supramencionadas.

O Brasil é o país com a 4ª maior população carcerária do mundo. Do total de 654.372 homens e mulheres presos, 221.054 são provisórios e, destes, 60% estão há mais de noventa dias em privação de liberdade, prazo tido como o minimamente razoável para que o Juiz decida sua sentença. Na Paraíba, a realidade também é grave. Dos 11.750² presos, 4.996 são provisórios, representando 42% dos ocupan-

¹Para Fábio Konder Comparato, em “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, “os Direitos Humanos, tecnicamente considerados como direitos humanos fundamentais, ditos de primeira geração, investidos do caráter internacional, encontram-se elencados na “Declaração Universal dos Direitos Humanos” e gozam de destacada posição na hierarquia do ordenamento jurídico, apresentando características que elevam seu poder e seu âmbito de atuação, quais sejam, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade; a efetividade a interdependência e a complementaridade”.

²CHOQUE de Justiça. Conselho Nacional de Justiça. p.50. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/2aca186d253909cc2f8e9b12f7748d53.pdf>>.

tes dos ergástulos paraibanos. Além disso, o Estado possui problemas infraestruturais, bem como complexas relações sociais extra e intramuros.

O princípio da presunção da inocência, positivado em nossa Carta Magna, garante a toda pessoa acusada de crime o direito de aguardar em liberdade o resultado do processo. A prisão, por conseguinte, deve ocorrer apenas em casos excepcionais, que são devidamente delimitados pelo ordenamento jurídico pátrio. Os altos índices, paraibano e nacional, de ocupação de presos provisórios nos estabelecimentos prisionais denotam a falta de aplicação correta da Lei de Execuções Penais, indo ao encontro do que se tutela no ordenamento jurídico. As situações devidamente delimitadas dão vez à ampla discricionariedade de juízes que não observam os objetos a que o ordenamento jurídico, de fato, confere proteção.

2 Prisão provisória

A prisão provisória é uma prisão processual ou prisão sem pena. Segundo Fernando Capez (ANO), prisão processual:

“trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. É imposta apenas para garantir que o processo atinja seus fins. Seu caráter é auxiliar, e sua razão de ser é viabilizar a correta e eficaz persecução penal. A decretação da prisão provisória, de acordo com o Código de Processo Penal, deve ser imprescindível³, só devendo ser utilizada quando extremamente necessária à garantia do processo, sendo medida última em relação a outras alternativas que visem a assegurar o correto curso processual”.

Faz-se mister frisar, também, que a prisão provisória é medida cautelar, pois, como leciona Pacelli (2017), “todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas em nosso Código de Processo Penal, antes do trânsito em julgado e a partir da Lei nº 12.403/11, recebem a alcunha ou a designação de medidas cautelares”. Destarte, são modalidades cautelares, de acordo com o Título IX do Código de Processo Penal e a Lei 12.403/2011, as prisões provisórias e as medidas cautelares, elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

³CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 339.

Antes de nos aprofundarmos nas modalidades de prisão provisória, interessante é a transcrição da fala de PACELLI (2017) ao tratar da prisão:

O que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. *A liberdade é a regra*; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada não será perpétua, isto é, será sempre provisória. (Destaque nosso).

São modalidades de prisão provisória: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. A primeira é uma medida restritiva de liberdade a quem, nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal, está cometendo infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido logo após o cometimento da infração em situação que faça presumir ser o autor da infração ou é encontrado portando objetos que façam presumir ser o autor da ação. Observa-se que não há, nesse tipo de prisão, necessidade de ordem judiciária fundamentada por autoridade competente, dado seu caráter emergencial. No entanto, faz-se mister destacar que todo preso em flagrante deve ser apresentado, no prazo de 24 horas, à autoridade competente que deverá, como disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal, relaxar a prisão ilegal, convertê-la em prisão preventiva e conceder liberdade provisória. O dispositivo observa o Pacto de São José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário, que dispõe, em seu artigo 7º, 5:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal:

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Importante, ainda, frisar que ninguém deve *permanecer* preso nessa condição. Assim, os presos em flagrante não se configuram, em regra, como aqueles aos quais este estudo se refere, dado o curto prazo de tempo em que as pessoas detidas através desta modalidade assim permanecem, seja pelo relaxamento da prisão ou concessão da liberdade provisória, seja pela sua conversão em prisão preventiva.

Outra modalidade de prisão provisória é a temporária, conforme CAPEZ (2016), “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as

investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”. A prisão temporária, deste modo, visa à garantia da plena atividade policial e do Ministério Público, no que concerne à coleta de provas e informações necessárias, e é decretada pela autoridade judiciária competente. O artigo 1º da Lei nº 7.960 de 1989 dispõe que cabe prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, quando o indiciado não tem residência fixa ou não fornece dados necessários ao esclarecimento de sua identidade ou quando houver fundadas razões do envolvimento do indiciado em algum dos seguintes crimes elencados no inciso III do referido dispositivo, a citar alguns: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, estupro, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro.

Assim, como dispõe o dispositivo, é necessário, para que seja decretada a prisão em flagrante, que o crime esteja elencado no art. 1º, III da Lei nº 7.960 de 1989 e, também, estar presente, pelo menos, algum dos dois outros requisitos dos incisos I e II. Esta é a posição majoritariamente adotada, elucidada por Damásio E. de Jesus e Antônio Magalhães Gomes Filho. Além disso, a prisão temporária não pode ser decretada de ofício, devendo o Juiz ser provocado pela autoridade judicial ou o Ministério Público.

A prisão temporária, conforme estabelecido no artigo 2º da referida lei, terá o prazo de cinco dias, prorrogável por igual período, mediante requerimento, em caso de necessidade, e o preso temporário deve, obrigatoriamente, ser mantido separado dos demais detentos, conforme convencionou o artigo 3º. Observa-se que os crimes hediondos excetuam-se do estabelecido no artigo 2º da Lei nº 7.960, sendo-lhes aplicado o disposto no artigo 2º, §4º da Lei nº 8.072 de 1990, que estabelece o prazo em trinta dias, prorrogável por igual período nos mesmos termos já mencionados. Ultrapassados os prazos estabelecidos, o preso deve ser posto imediatamente em liberdade, caso não tenha se convertido sua prisão em preventiva.

A prisão preventiva, por sua vez, “revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo.” (PACELLI, 2017). A prisão preventiva pode ser imposta, como supracitado, através de conversão da prisão em flagrante, a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, como disposto no artigo 311 do CPP, e, quando descumprida medida cautelar, em sua substituição.

A prisão preventiva tem caráter excepcionalíssimo, devendo ser medida última, quando todas as demais medidas cautelares não se mostrarem sufici-

entes para à garantia do processo e somente pode ser decretada por ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente, como dispõe o artigo 5, LXI da Constituição. Assim, “a prisão provisória é medida de extrema exceção, só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada.” (RT 531/301)

A referida autoridade, no entanto, se impõe outras condições, visto que as possibilidades de decretação da prisão preventiva estão devidamente elencadas em lei. O juiz só pode decretar a prisão caso se demonstre a real probabilidade de que o réu tenha sido o autor de um fato típico e ilícito⁴, sendo seus pressupostos a prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Faz-se mister a transcrição do artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Fica evidente, portanto, a limitação da decretação da prisão preventiva às quatro possibilidades elencadas no CPP. Na lição de Fernando Capez, a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública ou ordem econômica tem como finalidade a inibição das atividades ilícitas do agente, enquanto a conveniência da instrução penal deve ser entendida como a necessidade de impedir que o agente aja de forma a interferir na investigação, comprometendo sua veracidade. O mesmo autor trata da garantia da possibilidade de prisão preventiva pela garantia de aplicação da lei penal como o impedimento à efetiva possibilidade de fuga do agente. Como supramencionado, o parágrafo único do referido artigo traz, ainda, a possibilidade de decretação de prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar imposta.

Observa-se que tais possibilidades só hão de se tornar efetivas caso se enquadrem em alguma das hipóteses trazidas no artigo 313 do CPP. O Código dispõe como hipóteses os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, condenação por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, crime que envolva violência doméstica a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência e quando houver dúvida sobre a identidade civil do agente ou quando este não forneça informações que possibilitem ao seu aferimento.

⁴CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.368.

Para finalizar o tópico, faz-se mister destacar que, contra todas as decisões que decretarem prisão preventiva, cabe impetração de *habeas corpus*.

3 Situação dos presos provisórios no Brasil

Uma pessoa presa provisoriamente, no Brasil, fica, em média, um ano e três dias encarcerado antes de ir a julgamento. O dado consta de levantamento dos tribunais de Justiça de todo o país, por recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Essa explícita violação do direito de presunção de inocência – afinal, como exposto, a prisão preventiva tem caráter cautelar e deve ser utilizado em limitadas situações, configurando sua exagerada prolongação em antecipação da pena. É uma realidade em todo o País: aproximadamente 34% da população carcerária é constituída de presos provisórios, em números concretos, 221 mil pessoas⁵.

No Estado de Pernambuco, uma pessoa detida em flagrante fica, em média, mais de dois anos e meio (974 dias) encarcerada, antes de ter a sentença proferida por um Juiz. No Rio Grande do Norte, Estado em que pelo menos 26 presos morreram em rebeliões no início do ano de 2017, uma pessoa detida sem julgamento aguarda, em média, 682 dias antes de ser condenada ou absolvida por um Juiz. Como os números são uma média, é possível que haja pessoas presas há muito mais tempo sem que tenham sido julgadas.

O número de 221 mil presos provisórios do Brasil é aproximando ao de déficit de vagas em todo o sistema penitenciário que, segundo os dados mais recentes do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), mantido pelo Ministério da Justiça, era de 250.318 vagas em 2014, ano dos números mais recentes. O mesmo ocorre na região Nordeste⁶, onde o déficit carcerário é de 32.050, e o número de presos provisórios é de 35.526.

Os encarceramentos desnecessários e a longa duração dos processos promoveram o atual número de presos provisórios, o que interfere diretamente nos dois maiores problemas do sistema carcerário: a superlotação e a atuação de facções criminosas, das quais os presos provisórios se tornam uma massa de manobra, já que, segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, é incomum a separação dos presos provisórios em relação aos apenados⁷.

⁵CHOQUE de justiça. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/2aca186d253909cc2f8e9b12f7748d53.pdf>>.

⁶CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro, 2016. Brasília: CNMP, 2016. p. 44.

⁷Ibidem, p.51. Nota 6.

Pode se notar uma certa semelhança quando se trata dos presos em regime semiaberto, pois nesse a prioridade é o trabalho atrelado à formação e aperfeiçoamento profissional, já que é a fase de transição entre o cárcere e a sociedade. Todavia são insignificantes os números de unidades preparadas para custodiar presos sob esse regime, sendo comum, desta forma, a permanência dos custodiados no regime fechado até surgimento de vaga em complexo agrícola, indústria ou similar.

Dessa forma, no que se refere ao sistema penitenciário, não são aplicados, nos moldes da legislação, os direitos dos apenados e, por óbvio, não surte o efeito ressocialização na permanência do custodiado em regime mais severo, sendo, por consequência, mais vantajoso permanecer no crime, com a falta de oportunidade de emprego, de um lugar mais saudável, oportunidade de cursos profissionalizantes, e, assim, a pena se resume apenas no distanciamento do apenado ao convívio social.

4 Situação dos presos provisórios na Paraíba

O Estado da Paraíba possui 79 unidades prisionais; destas, dezenove são presídios e sessenta, cadeias públicas. O sistema penitenciário do Estado, controlado pela Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP), possui 11.3 mil pessoas encarceradas, das quais 4,7 mil são presos provisórios. Os dados do Conselho Nacional de Justiça são de abril de 2017. Além disso, apenas quinze unidades têm estrutura necessária para a separação dos presos provisórios dos demais apenados.

Como supratranscrito, o caráter cautelar das prisões provisórias não deve, jamais, ser confundido com antecipação da pena. A taxa de 42% de presos provisórios, em relação ao total, evidencia a total desobediência ao que estabelece o Código de Processo Penal e outras leis que dispõem sobre o assunto. Esse descumprimento evidente do ordenamento jurídico contribui sistematicamente para a eclosão de problemas complexos do sistema penitenciário paraibano. Além dos problemas existentes na seara sociológica, envolvendo facções e estratificações sociais, aos quais não iremos nos ater, o alto índice de presos provisórios contribui para a degradação da estrutura penitenciária e, conseqüentemente, para a violação sistemática de Direitos Humanos.

Segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público, do ano de 2015, o sistema penitenciário da Paraíba contava com 1543 vagas para presos provisórios e tinha ocupação de 3546, uma superlotação de 229,8%. Além disso, poucas unidades forneciam adequada assistência material, como

camas, roupas de cama e toalhas de banho aos presos e vestuário, como uniformes bem conservados. Ainda, nem todas as unidades garantem o banho diário, e poucas fornecem material de higiene pessoal. A quantidade de unidades com farmácia também é insuficiente, bem como as que possuem procedimentos específicos para troca de roupas de cama e banho e uniforme em face de patologias, atendimento médico emergencial, distribuição de preservativos, atendimento pré-natal às presas gestantes e solários.

Outro problema fundamental na problemática equação da situação dos presos provisórios e do sistema penitenciário paraibano é a falta de acesso à assistência jurídica aos presos. O número de defensores públicos do Estado é insuficiente para atender a demanda de 18.882⁸ processos de presos provisórios, e as unidades prisionais não possuem estrutura adequada para o acesso à assistência jurídica no interior dos estabelecimentos⁹. Além da falta de acesso à assistência jurídica, a assistência social também é negligenciada, contribuindo para o desrespeito às seções IV e VI da Lei de Execução Penal.

A lógica do Poder Executivo de “garantir a segurança do cidadão de bem” encarcerando os “criminosos” colabora para o aumento do encarceramento em todo o País, que é potencializado pela falta de estruturas da Justiça para julgar os presos provisórios. No caso da Paraíba, existem quatorze varas criminais com 1.069 processos ativos¹⁰, mas o número de servidores nas varas criminais é insuficiente para a demanda de processos. O resultado é a permanência de mais pessoas nas prisões e a consequente superlotação. A título de exemplo, pode-se tomar a Penitenciária Flósculo da Nóbrega, conhecida por Presídio do Róger, em João Pessoa, o mais conhecido presídio paraibano, onde há 1129 presos provisórios, além de 175 presos em regime fechado, quantidade superior a mais do que o dobro da capacidade do ergástulo, que é de 480 presos¹¹.

Diante do exposto, torna-se evidente a total incongruência entre o disposto no ordenamento jurídico e a situação fática do sistema prisional da Paraíba. As decretações deliberadas de prisões preventivas acarretam um cíclico problema para todo o sistema prisional e, por conseguinte, para toda a socie-

⁸CHOQUE de justiça. Conselho Nacional de Justiça. p. 50. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/2aca186d253909cc2f8e9b12f7748d53.pdf>>

⁹Ibidem, p.253. Nota 6.

¹⁰DADOS da Promotoria de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos do Ministério Público do Estado da Paraíba.

¹¹DADOS da Promotoria de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos do Ministério Público da Paraíba

dade. A falta de assistência jurídica favorece a perpetuação dessa prática, não atuando em sua origem, como deveria ser. O caos do sistema prisional e a sistemática violação a direitos humanos são reflexo da falta de aplicação adequada do disposto em lei. Existe, portanto, uma relação de causa e consequência entre o alto índice de prisões preventivas decretadas e a péssima situação dos ergástulos paraibanos.

5 Possíveis soluções

O problema da situação dos presos provisórios paraibanos é complexo e necessita de um longo processo de mudança na estrutura jurídico-administrativa do Estado. Aqui, propomo-nos a elencar algumas medidas incipientes para uma boa organização do sistema penitenciário. Essas medidas, por sua vez, dizem respeito à atuação de diferentes atores envolvidos no sistema penitenciário, a saber, o Poder Judiciário da Paraíba, o Governo do Estado, por meio de sua Secretaria de Administração Penitenciária e a Defensoria Pública do Estado da Paraíba.

Concernente ao Poder Judiciário da Paraíba é a necessidade de maior fiscalização e aplicação correta do Código de Processo Penal no que tange às prisões provisórias. Como exposto, as prisões provisórias têm caráter transitório e são consideradas medidas últimas; a prisão preventiva, por sua vez, só deve atuar na insuficiência das demais medidas cautelares e, como visto, não é o que se tem verificado. Além do cumprimento legal, as demais medidas cautelares apresentam alívio financeiro para o Estado, como, a título de exemplo, o custo mensal médio de manutenção de uma tornozeleira eletrônica é de R\$ 300, como diz o Ministério da Justiça; cada preso, no entanto, custa, em média, R\$ 2.400 por mês aos cofres públicos.

Cabe à atuação da Secretaria de Administração Penitenciária, por sua vez, a garantia de que a situação dos presos provisórios do Estado não contribua, ainda mais, para a deterioração do sistema penitenciário como um todo. Deve haver, por parte do Governo do Estado, o cuidado em garantir a separação dos presos desse tipo dos demais, para que não haja confusão entre a provisoriedade dos presos e antecipação de pena e que não haja, também, perpetuação dos problemas sociais existentes nos interiores dos ergástulos. É fato que tais medidas são onerosas aos cofres públicos e é por isso que se torna imprescindível a correta atuação do poder judiciário, como exposto no parágrafo anterior. A correta aplicação de prisões preventivas e medidas cautelares podem, por certo, diminuir o gasto com presos, possibilitando a realocação de

recursos ao incremento da estrutura prisional e, conseqüentemente, uma progressiva redução dos problemas prisionais.

A Defensoria Pública do Estado, no entanto, precisa de investimento. Todas as medidas anteriores serão ineficazes caso o acesso à assistência jurídica dos presos continue precário. Somente uma Defensoria Pública bem estruturada e com recursos é capaz de atuar de maneira eficiente no combate aos excessos e ilegalidades que podem surgir. Incremento ao salário, contratação de mais defensores e servidores nas áreas mais críticas e fornecimento de estrutura e material necessário à atuação do servidor, dentro e fora dos ergástulos são fatores imprescindíveis para a melhora da situação dos presos do Estado da Paraíba. Destarte, as três medidas apresentadas somente podem alcançar resultados efetivos se realizadas em conjunto, de forma sistemática. A limitação financeira do Estado é problema que, se não superado, pode ser amenizado através da comunicação e parceria entre as entidades, órgãos e poderes do Estado. Não obstante a tais medidas, o problema do sistema carcerário é complexo e extrapola questões meramente administrativas e jurídicas. Complexas questões sociais e econômicas influenciam, de fato, a situação dos sistemas penitenciários, nacional e paraibano, e não há, aqui, a intenção de reduzir a discussão apenas ao exposto. Na realidade, tais soluções são apresentadas como medidas incipientes nas searas jurídicas e administrativas, que devem, por óbvio, serem acompanhadas de transformações sociais fundamentais ao assunto.

6 Conclusão

O Código de Processo Penal e as demais leis que dispõem acerca da prisão provisória, em todas suas modalidades, elencam situações e possibilidades específicas para sua decretação. Em todas elas, o caráter transitório e cautelar se encontra presente e tem como objetivo a lisura do processo, da investigação e demais garantias imprescindíveis legalmente elencadas. Não cabe à prisão provisória a pretensão de resolver previamente os problemas de criminalidade ou impunidade, argumento este que, por vezes, é visto sendo defendido na tentativa de se buscar mascarar a latente ilegalidade do *modus operandi* que se instaurou em nosso país no que tange às prisões provisórias.

A discrepância entre o período em que os presos provisórios se encontram enquanto tais e o período legalmente previsto denuncia a verdadeira situação desses sujeitos. Uma série de sistemáticas problemáticas contribuem para a perpetuação deste estado de coisas. Dentre elas, a insuficiente e, às vezes, ausente assistência jurídica certamente é um desses principais fatores,

visto que as pessoas que são submetidas ao juízo estatal, em suas mais variadas facetas, se encontram envolvidas em problemas tamanhos que, somados à falta de conhecimento jurídico, comum em nossa sociedade, acarretam uma subjugação de seus direitos, acompanhada de uma administração penitenciária precária, que corrobora com a perpetuação de condições subumanas e ilegais, em que os sujeitos, além de terem seus direitos, na esfera judiciária, violados, têm, dessa vez sob a perspectiva dos direitos fundamentais, novamente seus direitos e garantias sobrepujados; e de um judiciário que não segue a rigor o estabelecido na lei, agindo, na realidade, como o autor, muitas vezes, de violações que, em essência, tem por obrigação combater, ao fechar os olhos para a lei.

Importantes dados e estudos denunciam a situação precária, seguindo a lógica nacional, do sistema penitenciário paraibano. Considerando as 79 unidades prisionais integrantes do sistema penitenciário paraibano, gerido pela Secretaria de Administração Penitenciária, o índice de presos provisórios em relação ao total é de 42%, com desobediência ao que determina o ordenamento jurídico, indo desde a decretação das prisões até a maneira como são feitas e mantidas essas prisões.

O Poder Judiciário deve ser mais fiel ao ordenamento jurídico e fiscalizar mais sua própria atuação, a fim de evitar a perpetuação da atual arbitrariedade dos juízes nas decretações das prisões preventivas, auxiliando o sistema penitenciário em variadas perspectivas, inclusive econômica. A defensoria pública, por sua vez, precisa de fomento para que possa fornecer adequada assistência jurídica aos presos provisórios. A Secretaria de Administração Penitenciária, no mesmo tom, tem por obrigação a organização adequada dos presos no âmbito interno das penitenciárias e, também, fornecer condições estruturais para que a defensoria pública possa prestar adequado atendimento no interior dos ergástulos.

Não obstante a complexidade e a infeliz tendência de piora da situação, algumas alternativas podem se apresentar como soluções nos âmbitos em que atuam, quais sejam, o administrativo e o judiciário. É fato que a problemática envolvida nas questões penitenciárias sobrepõem os limites jurídico-administrativos, atingido questões socioeconômicas profundas, tanto no nível macro, como no micro, as quais devem, também, serem tratadas. No entanto, dentro do âmbito dos agentes supracitados e da realidade paraibana, as mudanças de atuação do Governo do Estado, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário podem ser tomadas como soluções.

Referências

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHOQUE de justiça. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/2aca186d253909cc2f8e9b12f7748d53.pdf>>.

CÓDIGO de processo penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

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

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PARAÍBA. Ministério Público do Estado da Paraíba. Promotoria de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos.

DIREITO E SOCIEDADE: A BUSCA POR UM JULGAMENTO JUSTO

Bruno Carvalho Amaral Dias
Bacharel em Direito

Resumo

A equidade é o princípio orientador das decisões judiciais que se inclinam ao bem. É ferramenta hábil somada ao princípio da dignidade humana que norteia as decisões do juiz ao deslinde das controvérsias humanas em busca da justiça social. O julgamento justo se torna possível quando se aplica a norma a um caso concreto amparado pela reflexão embasada na busca pela equidade, diminuindo as desigualdades existentes, amenizando o rigor da lei para que se produza justiça a cada caso.

Palavras-chave: Equidade. Justiça. Dignidade humana.

Abstract

Equity is the guiding principle of judicial decisions that tends to the right. With the principle of human dignity, it is a useful tool to show the judge the way that leads to the solution of controversies in which people search for social justice. Fair trial becomes possible when, applying the law in a real case, the judge also emphasizes the equity, which will reduce existing inequalities and making justice in each case.

Key words: Equity. Justice. Dignity.

1 Introdução

O direito é a consciência de que devemos existir socialmente dentro de padrões mínimos que facultem ao ser uma vida digna, materialmente exercida pelas garantias que o ordenamento jurídico estabelece e promove os meios necessários de acesso e fruição desse arcabouço garantista.

No ordenamento pátrio, a conquista de um sistema de jurisdição social que se baseia no tratamento igualitário aos jurisdicionados, tem-se consolidado pela luta incessante daqueles que não aceitam a realidade como cenário estático e imutável, antes creem na esperança como propulsora de manifestações progressivas e militam na busca de que suas convicções internas aliadas à reivindicação e ao exercício consciente da cidadania tornem a esperança em decisão política, diminuindo desigualdades de leis injustas que, no processo de produção, privilegiam o capital.

A defensoria pública garantida pela Constituição de 1988 é exemplo dessa tentativa em dar meios aos excluídos sociais de alcançarem a prestação

jurisdicional e pedirem que o órgão do poder judiciário diga qual é o direito que assiste aquele que foi marginalizado pelas raízes do modelo capitalista, que influencia claramente a produção legislativa a manter os benefícios aos que sempre tiveram os meios de produção, o capital e a terra. Com a implementação do art. 5º, LXXIV da CF/88, qual seja a assistência jurídica gratuita e integral, ainda que padecendo de deficiências evidentes, como o excesso de demanda e a escassa oferta de defensorias públicas, o cidadão, timidamente, aproximou-se do poder judiciário, que tão distante vagou por extremos intangíveis ao trabalhador simples e sem qualificação, para quem o judiciário sempre foi aquela estátua cega aos seus direitos e sem emoções para os seus interesses.

A justiça tornou-se acessível aos cidadãos de baixa renda que, diga-se de passagem, representam mais da metade da população brasileira, mas não só o completo acesso deve ser garantido e, em última manifestação, também o julgamento justo e imparcial, sendo o juiz o protagonista dessa realização. Como alcançar um julgamento justo, imparcial, equidistante e ainda aplacando o rigor desproporcional que muitas vezes a lei produz ao caso concreto? É no esteio da busca pelos princípios que norteiam o julgador ao encontro da decisão justa para cada caso, ainda que contrariando a norma aparentemente correta para o fato, que se pretende desenvolver a proposta desse artigo; pois uma decisão justa é o paradigma que a sociedade espera que nunca seja afastado de suas conquistas ao logo da história.

2 Conceito de Justiça

O desafio em conceituar “justiça” tem sido objeto de estudo de grandes nomes de nossa história intelectual. Desde Sócrates, o homem se propõe a definir o que venha ser a justiça. No entanto, a dificuldade conceitual permite as mais diversas subjeções entre os filósofos quando da aplicação em um caso concreto.

Para Sócrates, a justiça se manifesta quando os detentores do poder de comando agem pautados no interesse coletivo mesmo que em detrimento de seus próprios interesses. Nessa perspectiva de visão coletiva, ele alcança a virtude máxima tão necessária à aquisição da justiça como premissa de sua conduta cotidiana (PLATÃO, 1997).

A concepção de Sócrates é boa para nortear o caminho a ser perquirido na busca da justiça, mas não há de esgotar a gênese desse instituto, já que carrega em si boa carga de moral e não se enquadra em um conceito fechado e terminado, sendo variável em cada caso que se pretenda empreender o que seja “o justo”. Baseado na porosidade da justiça, pode-se inferir que, em cada situa-

ção fática, é manifestada a necessidade de adequação dos objetos de instrução ao julgamento do caso, garantindo não a justiça de aplicação geral, mas o justo próprio e acertado para o caso concreto, assim como se refere Paulo Dourado de Gusmão ao citar Stammler, para quem a justiça não possui conceito material, e sim formal, variando conforme o tempo e o espaço, devendo ser encontrada diariamente e não para sempre. (STAMMLER, 1930, apud GUSMÃO, 2006, p. 93).

A justiça não se define com objetividade, variando em cada cena do palco social, mas, diante do injusto, até o mais simples dos expectadores é capaz de identificá-lo, qualificando-o como algo atroz que precisa sofrer coerção para extirpá-lo do seio social. É nesse momento que nasce o cabimento da criação do justo que se moldará ao caso deflagrado para restabelecer o ideal que o direito busca garantir, qual seja, a paz e convívio social.

A Igualdade é atributo que constrói a justiça em cada caso, mas, para concebê-la como regra a ser seguida em busca do justo, não se pode apenas declarar formalmente o tratamento igual dos envolvidos no processo de definição da justiça, pois considerar iguais para todos os efeitos, seres sociais que por natureza sempre se apresentam desiguais, seria a forma mais autêntica de consagrar o injusto no que se pretende decidir. Paulo Dourado de Gusmão declina a concepção de como se deve aplicar a igualdade nas relações sociais sem prescindir a justiça, que deve ser a linha diretiva de quem se proponha a julgar:

Nada mais revoltante do que a desigualdade de tratamento. Sinônimo de injustiça são as desigualdades sociais, bem como o nivelamento social por inexistir homem igual ao outro, situação idêntica à outra. Há semelhanças. O mérito de cada um ou o valor de cada um, a gravidade do dano, da falta, do ilícito, a natureza da função ou do papel social, devem guiar legisladores e juízes na distribuição de prêmios, vantagens, prerrogativas e penas. Por isso, a igualdade na maioria das vezes deve significar proporcionalidade ou, então, igualdade de oportunidades dada a todos. (GUSMÃO, 2006, p.90).

Segundo Aristóteles, filósofo grego que se empenhou na sistematização de um método que demonstrasse a convergência das manifestações do conhecimento humano a um mesmo tronco, a justiça é uma virtude que surge diante do exercício do caráter das pessoas, sendo produto das experiências e evoluções sociais de cada indivíduo, descortinando-se como algo intrínseco ao ser humano, assim como a injustiça:

A justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agirem injustamente e a desejar o que é injusto. [...] A justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem seu contrário, a injustiça, é uma parte do vício, mas o vício por completo. [...] Aquilo que é justiça praticada em relação ao próximo, como uma determinada disposição de caráter em si mesmo, é virtude. (ARISTÓTELES. 2008, p.103-106).

A justiça como virtude tem caráter pessoal e subjetivo, determinando-se de acordo com o agente que é fruto da educação, cultura, política, crença, religião, família, modificando-se conforme maior ou menor influência de cada uma dessas condições de caráter, dando margem a indagações pela inerência da justiça ao homem, ou seja, pode ele agir com justiça diante de um fato e ser injusto diante de outro? Ou ser um justo juiz e injusto marido? O homem virtuoso que tem o caráter do justo impresso em suas decisões pode ao mesmo tempo conceber a injustiça nas suas relações familiares e afetivas? Essa disposição de caráter que dá ao homem a internalização da justiça pela sua experiência social é passível de conjecturas, pois não delimita parâmetros que deve o julgador perquirir em busca da realização da justiça, pois guarda a sua concepção no interior humano, na moral, na reflexão pessoal.

Não importa a esse estudo o que se infere internamente como “justo” (aspecto subjetivo); antes, buscam-se as linhas diretas que conduzirão o julgador à promoção da justiça ao caso concreto (aspecto objetivo), resultando em fato social, este sim, passivo de observação clara, independentemente das convicções íntimas de cada pessoa.

A justiça é uma virtude e não há dúvidas quanto a isso, mas a sociedade não pode esperar que os juízes se invistam de uma espiritualidade que os faça virtuosos e inclinados internamente ao bem; até porque há urgência em solucionar os conflitos que abastecem diariamente a demanda judicial do país, e, para os jurisdicionados, importa que os julgadores decidam com justiça, independentes de serem justos ou não.

Diante da tarefa que restou consignada ao órgão julgador do poder judiciário, qual seja, não só julgar, mas julgar com justiça, haverá o princípio responsável por extrair da generalidade das leis, o melhor aproveitamento ao caso analisado, que garanta o bem e faça cessar a injustiça. É pela aplicação da equidade propugnada por Aristóteles, que pragmaticamente também a definiu como justiça no caso concreto. É com o exercício dos princípios da justiça como a dignidade humana, bem como o da equidade, que o julgador

será conduzido pelo caminho do pleno exercício natural da justiça, aparando as arestas pontiagudas da lei para que ela se ajuste à realidade, expressando o bem e a harmonia que é o fim de todo o sistema e instituições humanas.

É pela equidade que se obterá o resultado útil das decisões judiciais, e é improvável que o juiz alcance êxito em sua militância se estiver divorciado desse princípio de salvaguarda da justiça, pois as leis em sentido abstrato podem até não representar qualquer ultraje ou revelia à harmonia constitucional, sendo, portanto, válidas e constitucionais; no entanto, a sua aplicação ao caso concreto poderá conceber o injusto, ferindo todo arcabouço de princípios que sustenta a criação legislativa, contrariando o próprio fim e objeto das leis, que é restabelecer a paz e o justo.

Na busca de mostrar o vigor e a utilidade do princípio da equidade, torna-se necessária a exposição em tópico próprio, com maiores delineamentos, da indissociável relação entre a equidade e o resultado justo das decisões judiciais, sendo também declinado um exemplo que ilustre factualmente a realização da justiça no caso concreto.

3 Equidade: a bússola do julgador

As leis abstratamente criadas são universais, práticas à aplicação diante das relações sociais, sem que se faça distinção de pessoas ou reserve vantagens a qualquer parte. Esse é o ideal que se procura alcançar na promulgação de uma lei que regule uma relação específica. Ocorre que, quando há a assunção dos motivos que irão trazer a aplicação da norma abstrata, o que se obtém é o incremento do erro, pois, diante de algumas situações práticas, a lei pode ser inadequada se aplicada imprudentemente. Haverá a incompatibilidade real entre o objetivo da norma e o resultado que parece ser encontrado quando aplicada, que é injusto e destoa de seu fim.

Nasce a necessidade de um princípio que irá nortear as decisões em todos os casos possíveis, não devendo ser afastada em nenhuma atuação daqueles que se empenham em decidir, sendo denominada de equidade. Esse é o caminho daqueles que não se cansam na busca pelo bem no meio social, pois o exercício desse princípio deve pairar sobre a reflexão diária do juiz que, mesmo diante de norma aparentemente correta para o desfecho da controvérsia, arbitre os limites em que incidirá o poder normativo da lei, sem que ela ultrapasse a linha que se desvia do justo e maltrata a dignidade humana.

A equidade se exerce diante de um caso concreto e funciona como um corretivo da lei quando ela não se coaduna diante de fatos que não eram previstos, pois, ainda que o fossem, o alto grau de generalidade das leis não permite regular tais fatos, pela aprofundada e constante transformação da realidade social que, em continuar mudança, não se subsume a estática legal.

A essa altura, cabe ser feita uma pequena e singela diferenciação que se fomentou na cultura jurídica e doutrinária, qual seja, o significado do julgamento por equidade e o próprio julgamento com equidade. Tarefa bastante simples, mas de importância crucial, pois julgamento por equidade é aquele em que a lei não se atentou ao fato que por ora se pretende julgar; então, não há lei que regule o fato social sob foco, sendo necessária a criação da norma para o caso concreto, fazendo do juiz não só o intérprete da norma, mas o próprio legislador do caso concreto. Nessa condição, só pode o juiz agir quando expressamente autorizado por lei como dispõe o art. 127 do Código de Processo Civil, *in verbis*: "Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.", fato que é bem definido pelo fragmento aristotélico:

Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade) corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta. (ARISTÓTELES. 2008, p. 125).

Julgamentos com equidade são todas as decisões (no sentido ideal de decisão justa) que, no momento da aplicação do dispositivo legal, ajustam os limites e alcance da norma, adequando-a ao fato concreto, para que dela se extraia o máximo de justiça e legitimidade, onde o princípio da dignidade humana deverá ser a balança a determinar o grau e a intensidade do efeito justo para o deslinde da causa. No aprofundamento dessa definição, cabe citar a saudosa elucubração de Miguel Reale, para quem a essência da equidade "é a justiça bem aplicada", ou seja, prudentemente aplicada ao caso. A equidade, no fundo, é o momento dinâmico da concreção da justiça em suas várias formas. (REALE. 1977, p. 125).

Com a significação das duas formas de atribuição da equidade nos processos de decisão, foi elencada uma maneira de suprir lacunas quando o juiz decide por equidade como se legislador fosse; e uma norma principiológica de interpretação jurídica, que é a aplicação da equidade como instrumento de harmonização da norma literal com o seu objetivo fim, o que é totalmente admissível, já que a lei aplicada textualmente nem sempre alcançará seu objetivo, que é promover a justiça, como ensina Serpa Lopes:

Não se golpeia o Direito Positivo, não se abre a menor brecha na norma, cuja essência é respeitada, mas simplesmente esta, ao sopro vivificador da equidade, recebe nova coloração, rejuvenesce mais adaptada às exigências da vida (SERPA LOPES, 1962 *apud* BARROS, 2004, p. 43).

O caminho para que o juiz alcance a aplicação justa das normas legais é aquele que fará remeter seu pensamento na busca da amenização das leis, que tantas vezes ultrapassam o alcance legítimo para o qual foram criadas, destoando-se dos princípios norteadores da legislação vigente.

Toda decisão deve respeitar os princípios gerais do direito, pois são eles que dão sustentação ao edifício da construção normativa; assim, ao aplicar a norma ao caso concreto, deverá lançar mão da equidade como norte em busca da justiça e apoiar-se nos princípios como linhas diretivas que permitirão ao juiz o alcance do verdadeiro sentido da norma a ser aplicada ao caso.

Dentre todos os princípios que deve o juiz estar pautado, é sem dúvida o de maior quilate e que nunca deve ser prescindido, o da dignidade humana, pois não há sistema jurídico legítimo sem que esteja fundado na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, sendo que, diante de aparente conflito de princípios e normas, haverá que arrazoar pela proporcionalidade, que é o instrumento útil diante dessa colisão, mas sempre prevalecerá o da dignidade humana, havendo um criterioso arbitramento daquela que deva prevalecer quando se tratar de conflito de dignidade de pessoas distintas; o maltrato ao princípio nesse caso, inevitável, deve ser minimizado ao máximo, pois pior do que transgredir uma norma é transgredir um princípio, pois conspurca a raiz e, conseqüentemente, toda a árvore normativa, como bem reforça Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade: conforme o escalão do princípio atingido, pode representar insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçadas. (BANDEIRA DE MELLO. 1993, p. 409).

O respeito irrestrito ao princípio esculpido na Constituição Federal da dignidade humana é o único caminho que levará o juiz à decisão justa. Não há como se esquivar dessa regra mestra de interpretação e aplicação das normas legais, pois todo sistema jurídico pátrio, assim como a grande maioria dos países ocidentais que aderiram ao modelo constitucionalista de leis após a Segunda Guerra Mundial, privilegiam a dignidade humana como a mais alta

diretriz de toda criação normativa que se estabeleça em nome da proteção do ser humano. O compromisso com a dignidade é compromisso com a vida, pois sem dignidade não há condições para viver, pois essa existência indigna aparelha-se à dos escravos, que só servem para o trabalho e reprodução; neste ponto, há vida no sentido biológico, mas distante do sentido ético e moral. Vale consignar que, na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana aparece no seu 1º artigo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; [...].

Na procura por decisão justa, o juiz buscará respostas na legislação ordinária, que é prática secular em nosso país de raiz *civil law*. Essa legislação, por hora, deve estar em harmonia com as linhas traçadas pela Constituição Federal. Não pode ser prescindida, também, a análise da jurisprudência, visto que nem toda lei vigente é válida, pois, diante da declaração da inconstitucionalidade da lei, perde-se a eficácia dela para aplicação geral, mas costumeiramente permanece consignada nos códigos como se válidas fossem; além disso, não pode olvidar as implicações jurídicas dos tratados internacionais que trouxeram a conseqüente universalização do direito, que em certo ponto relativizou a soberania interna, a exemplo da prisão por dívida que restou suplantada pela aplicação do Pacto São José da Costa Rica em detrimento da Carta Magna do País; e, em matéria penal, deverá observar, ainda, a jurisprudência pelo Tribunal Penal Internacional – TPI, corte supranacional da qual o Brasil faz parte desde o Decreto nº. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

É nesse ponto, após a inferência sobre toda a criação normativa, que servirá de base para a decisão em busca do deslinde, que haverá, por fim, o trabalho consciente do juiz para concretizar os princípios da justiça e equidade encorpados pela dignidade humana como coluna de sustentação de toda construção jurídica. Cabe ao juiz a última palavra para restabelecer a ordem nas relações sociais, como preleciona João Baptista Herquenhoff:

Ou será o direito mais justo, pela atuação do juiz, ou não se terá nada.

Em outras palavras: se o juiz falhar na sua missão de humanizar a lei, de descê-la ao homem julgado, de fazer a leitura da lei a partir dos

autênticos valores da cultura popular, de explorar as contradições do sistema legal em favor das maiorias deserdadas pela lei, nada restará de útil, socialmente útil, na lei. (HERQUENHOFF, 2005, p. 135).

Para que o leitor se sinta prestigiado pelo exercício da equidade em conluio com o princípio da dignidade humana, será mostrado um exemplo de justiça no caso concreto; para que a busca pela justiça não seja calada pela opressão do sistema que privilegia poucos e se divorcia de muitos –, pois sempre haverá quem lute pela igualdade e que apregoe a justiça como direito indistinto a todo cidadão – leia-se a decisão do Juiz que ousou julgar com a sensibilidade que esperam aqueles que são clientes despatrocinados de uma estrutura jurídica que nem sempre decide à altura das necessidades sociais e se veem reféns de leis que lhes tiram toda civilidade:

Marco Antônio Dornelles de Araújo, com 29 anos, brasileiro, solteiro, operário, foi indiciado pelo inquérito policial pela contravenção de vadiagem, prevista no artigo 59 da Lei das Contravenções Penais. Requer o Ministério Público a expedição de Portaria contravencional. O que é vadiagem? A resposta é dada pelo artigo supramencionado: trata-se de uma norma legal draconiana, injusta e parcial. Destina-se apenas ao pobre, ao miserável, ao farrapo humano, curtido vencido pela vida. O pau-de-arara do Nordeste, o boia-fria do Sul. O filho do pobre, que pobre é, sujeito está à penalização. O filho do rico, que rico é, não precisa trabalhar, porque tem renda paterna para lhe assegurar os meios de subsistência. Depois se diz que a lei é igual para todos! Máxima sonora na boca de um orador, frase mística para apaixonados e sonhadores acadêmicos de Direito. Realidade dura e crua para quem enfrenta, diariamente, filas e mais filas na busca de um emprego. Constatação cruel para quem, diplomado, incursiona pelos caminhos da justiça e sente que os pratos da balança não têm o mesmo peso. Marco Antônio mora na Ilha das Flores (?) no estuário do Guaíba. Carrega sacos. Trabalha "em nome" de um irmão. Seu mal foi estar em um bar na Voluntários da Pátria, às 22 horas. Mas se haveria de querer que estivesse numa uisqueria ou choperia do centro, ou num restaurante de Petrópolis, ou ainda numa boate de Ipanema? Na escala de valores utilizada para valorar as pessoas, quem toma um trago de cana, num boliche da Voluta, às 22 horas e não tem documento, nem um cartão de crédito, é vadio. Quem se encharca de uísque escocês numa boate da Zona Sul e, ao sair, na madrugada, dirige (?) um belo carro, com a carteira recheada de "cheques especiais", é um burguês.

Este, se é pego ao cometer uma infração de trânsito, constatada a embriaguez, paga a fiança e se livra solto. Aquele, se não tem emprego, é preso por vadiagem. Não tem fiança (e mesmo que houvesse, não teria dinheiro para pagá-la) e fica preso. De outro lado, na luta para encontrar um lugar ao sol, ficará sempre de fora o mais fraco. É sabido que existe desemprego flagrante. O zé-ninguém (já está dito), não tem amigos influentes. Não há apresentação, não há padrinho. Não tem referências, não tem nome, nem tradição. É sempre preterido. É o Nico Bondade, já imortalizado no humorismo (mais tragédia que humor) do Chico Anísio. As mãos que produzem força, que carregam sacos, que produzem argamassa, que se agarram na picareta, nos andaimes, que trazem calos, unhas arrancadas, não podem se dar bem com a caneta (veja-se a assinatura do indiciado à fls. 5v.) nem com a vida. E hoje, para qualquer emprego, exige-se no mínimo o primeiro grau. Aliás, grau acena para graúdo. E deles é o reino da terra. Marco Antônio, apesar da imponência do nome, é miúdo. E sempre será. Sua esperança? Talvez o Reino do Céu. A lei é injusta. Claro que é. Mas a Justiça não é cega? Sim, mas o juiz não é. Por isso: Determino o arquivamento do processo deste inquérito. Porto Alegre, 27 de setembro de 1999. Moacir Danilo Rodrigues. Juiz de Direito 5º Vara Criminal. (NUNES, 2007, p. 378).

É no desejo de ver a justiça sendo aplicada de forma equilibrada, alcançando cidadãos, independente de raça, crença ou *status* social, que se espera o exercício reiterado da equidade, para que mais decisões como essa sejam comuns e motivo de orgulho de toda nação brasileira, pois privilegiam a pessoa, que é o bem a ser resguardado pela lei, e não o contrário.

Conclusão

Uma decisão justa, que recomponha o equilíbrio nas relações sociais, passa pelo crivo da reflexão do julgador, que deverá esmerar-se na busca do julgamento com equidade, praticando-o reiteradamente com base na dignidade humana. Assim, diminuindo as desigualdades, aparando as extremidades pontiagudas da lei, afastando-a em caso de maltrato à princípios maiores, é que o juiz alcançará a harmonização pela composição justa das demandas sociais, pois a equidade tem força motriz para dar maior afeição ao poder judiciário, que andou por muito tempo distante daqueles que representam a maioria e mais precisam da sua atenção. A bússola se chama equidade: é ela que guiará o juiz na direção da decisão justa.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. 3.ed. Trad. Pietro Nasseti. Brasil. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*.
- _____. *Novo código civil: Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002*.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PLATÃO. *A república*. Trad. Enrico Corvisieri. Brasil. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

O PAPEL DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO NA PROMOÇÃO EXISTENCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Sheila Maria da Rocha
Bacharela em Direito

Resumo

Este estudo destina-se a analisar o reconhecimento do direito das pessoas com deficiência a exercerem a sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Lei Brasileira nº 13.146/15. A incapacidade absoluta decorrente de deficiência foi extirpada do ordenamento jurídico, como recurso de valorização da autonomia e da dignidade da pessoa humana. Foram previstas medidas de apoio tendentes a abolir o sistema de tomada de decisão substitutiva, para possibilitar que a pessoa com deficiência seja protagonista da sua própria vida, imprimindo os seus desejos, vontades, preferências e afetos nos atos civis. O procedimento de interdição passou a ser denominado processo que define os termos da curatela, sendo esta tratada como medida protetiva extraordinária, restringida apenas àqueles que não puderem exprimir a sua vontade. De outro lado, veio a tomada de decisão apoiada, como medida de auxílio a pessoas capazes que estejam vulneradas em seu autogoverno. Trata-se de verdadeira mudança de paradigma que não implica negação de proteção legal às pessoas com deficiência e, sim, promoção existencial.

Palavras-Chave: Pessoa com deficiência. Capacidade legal. Igualdade. Medidas de apoio. Promoção existencial.

Abstract

This study aims to analyze the recognition of the right of persons with disabilities to exercise their legal capacity on an equal basis with other persons, in the light of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Brazilian Law No. 13,146 / 15. The absolute incapacity resulting from disability to be extirpated from the legal system, as a resource for valuing the autonomy and dignity of the human person. There are supportive measures to abolish the substitutive decision-making system to enable the disabled person to be the protagonist of their own lives, imprinting their desires, likings, preferences and affections in civil acts. The procedure of

interdiction passed a process called a process that defines the terms of the curatorship, which is treated as an extraordinary protective measure, restricted only to those who can not express their will. On the other hand, there was a decision-making supported, as a measure of aid to able people who are violated in their self-government. It is a true paradigm shift that does not imply denial of legal protection to people with disabilities, but rather an existential promotion.

Key words: Person with disabilities. Legal capacity. Equality. Support measures. Existential promotion.

1 Introdução

Com a promulgação da Lei nº 13.146/2015, em 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Brasil produziu um diploma legal vocacionado a promover o exercício das liberdades fundamentais e demais direitos das pessoas com deficiência, com vistas à promoção de uma vivência plena.

Dentre os diversos temas tratados na novel legislação, a alteração no sistema de capacidades e medidas de apoio ao deficiente provocou agitação no meio jurídico, não somente em razão da verdadeira mudança no trato com a matéria que deveria, de logo, ser colocada em prática. Mais que isso, revelou-se um motivo para reflexão, aprendizado e desprendimento de conceitos consolidados.

Nesta senda, este estudo explora como se deu o reconhecimento da capacidade legal à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A proposta é verificar se o novo regramento, de fato, proporciona mecanismos para que as pessoas com deficiência possam realizar todos os atos da vida civil, em igualdade de condições com as demais pessoas, ou se essas pessoas estariam na verdade desprotegidas frente à fragilidade decorrente dos infortúnios da vida que a acometem.

Não se pode perpassar por essas questões sem analisar o mecanismo das medidas de apoio previstas para possibilitar o exercício da reconhecida capacidade. Verificar-se-á o que mudou no processo de interdição, já que, agora, a Lei Brasileira de Inclusão prevê que a curatela somente será conferida excepcionalmente, quando o indivíduo não puder expressar a sua vontade, e como se dará o procedimento da Tomada de Decisão Apoiada, modelo jurídico inovador na proteção de pessoas com deficiência.

Toda essa sistemática introduzida no ordenamento pátrio possui matriz constitucional, na medida em que fundada na garantia e preservação da dignida-

de da pessoa humana e na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que chegou ao Brasil com força de emenda constitucional, por respeitar o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Carta Magna.

De tão relevante o tema, que implicará sobre a vida de milhares de brasileiros, esse estudo se propõe a reunir os principais dispositivos legais sobre a matéria, à luz dos ensinamentos dos mais conceituados doutrinadores da área civilista, além de recentes manifestações de profissionais do direito acerca dessa mudança de paradigma, que sem dúvidas impõe uma nova forma de perceber o ser humano em sua essência.

Assim, é importante observar as medidas de apoio e salvaguardas disponíveis para o exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência, analisando em que contexto elas serão cabíveis e em que medida incidirão sobre o beneficiado, sem que importe em substituição de sua vontade, garantindo, assim, a manifestação de sua própria personalidade.

2 O reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência

Com a evolução do debate quanto aos direitos fundamentais da pessoa humana, tornou-se evidente a necessidade de promover mecanismos legais para a garantia do exercício da cidadania por pessoas portadoras de deficiência, haja vista as dificuldades sociais e até mesmos existenciais enfrentadas por tais indivíduos ao longo dos séculos.

Para tanto, foram editados tratados e convenções internacionais, dentre os quais se destaca a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, homologada pela Assembleia das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006¹, da qual o Brasil é signatário, vigente no plano interno após ser ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, com força de Emenda Constitucional, e promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O propósito da aludida Convenção é expressamente o de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (Artigo 1).

Com esse espírito, foi promulgada a Lei nº 13.146, em 6 de julho de 2015, instituindo a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, conferindo proteção especial aos indivíduos acometidos por quaisquer limitações ali definidas.

¹A CONVENÇÃO sobre os direitos da pessoa com deficiência comentada. Brasília: 2008, p.20.

É importante observar que houve uma mudança basilar no conceito de deficiência adotado pelos normativos em análise, abandonando completamente a definição puramente biológica para conferi-lo uma interpretação biopsicossocial. A LBI reproduz o conceito traçado pela CDPD, e assim definem pessoas com deficiência:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

De início, já se verifica que o foco no trato com o assunto sai da pessoa e da patologia em si mesmas para a forma como esse indivíduo interage com a sociedade e o ambiente, em busca de uma participação plena e efetiva, em igualdade com os demais.

Nesse contexto, o ilustre Nelson Rosendal pondera que “o objetivo da CDPD é o de permutar o atual modelo médico – que deseja reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade –, por um modelo social de direitos humanos, cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária”.

Tal iniciativa, de fato, está umbilicalmente ligada à promoção de direitos humanos, ideário que coroa o mais brilhante fundamento do Estado Democrático, que é a dignidade da pessoa humana.

Pode-se dizer que se trata de uma faceta da ética sobre direitos humanos, assim definida por Piovesan (2014, pg. 9):

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Partindo dessa premissa, é que se invoca o lema da igualdade material e a proibição da discriminação, com a proteção específica de determinados grupos de minoria, tendo a autonomia individual e a liberdade de escolha como linhas mestras na garantia da plena participação de pessoas com deficiência na sociedade.

Por isso, a legislação específica não inova somente no campo de direitos materiais ou processuais, mas inaugura, sobretudo, uma nova visão da pessoa humana acometida por um infortúnio físico, mental, psicológico ou sensorial, ao reconhecer que tais indivíduos são dotados de capacidade legal.

Com relação à capacidade, o artigo 12 da CDPD reconhece as pessoas com deficiência como plenamente capazes, determinando que “os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.”.

Seguindo esse ditame, a LBI instituiu, em seu art. 4º, que “*toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação*” e, para tanto, determinou, no art. 6º, que “*a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa*”. Além disso, no art. 84, é garantido o exercício dessa capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Sem dúvidas, essas disposições representam verdadeira revolução no sistema de (in)capacidades, vez que há uma cisão entre os conceitos de incapacidade civil e deficiência, ao contrário do tratamento que era conferido anteriormente pelo Código Civil de 2002, no qual pessoa com deficiência eram tidas como absolutamente ou relativamente incapazes, a depender da medida de discernimento ou do desenvolvimento mental².

A LBI deu nova redação aos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, estabelecendo que a única hipótese de incapacidade absoluta é a do menor de dezesseis anos, e reconhecendo como relativamente incapazes a certos atos ou a maneira de os exercer, dentre outros, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade³.

Tem-se, portanto, que a regra, agora, é o reconhecimento da capacidade plena de todas as pessoas, indistintamente, sendo que, excepcionalmente, pode reconhecer-se a incapacidade relativa da pessoa que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade, seja em razão de deficiência ou por qualquer outro motivo.

O que se percebe é que a LBI introduz na legislação pátria o reconhecimento legal de um valor fundamental inerente à pessoa humana, que é a sua capacidade. É provável que tal inovação provoque nos estudiosos do

²Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

³Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

direito, em geral, um misto de tristeza e alegria. Tristeza por reconhecer que, durante tanto tempo, pessoas foram tolhidas em sua essência, desvalorizadas em suas vontades; e alegria porque aqui vale lembrar o velho ditado: antes tarde do que nunca!

Mas seria utópico acreditar na compreensão e aceitação imediata das mudanças introduzidas pela LBI. Isso porque, durante muito tempo, pessoas com deficiência foram vistas como incapazes de autodeterminar-se. Nos dizeres de Ramos (2008, pg. 55)⁴, “o desafio perpassa basicamente pela ruptura dessa visão estigmatizante e pela adoção de medidas de efetiva inclusão social da pessoa com deficiência, semeando na sociedade a capacidade de conviver com a diversidade sem se sentir ameaçada por ela”.

Certamente, muitos seres humanos consideram-se superiores por julgar que o discernimento do outro seria insuficiente ou equivocado, de acordo a um determinado paradigma. Mas, esse não parece ser o melhor caminho, haja vista a diversidade inerente à própria vida e personalidade humanas.

O reconhecimento da capacidade das pessoas com deficiência confunde-se com a aceitação dessas pessoas como seres humanos livres em si mesmos, dotados de vontades próprias. E aqui, pela sua maestria, vale transcrever as considerações de Sidney Madruga sobre o tema:

O valor da autonomia [...] se apoia na imagem implícita de uma pessoa *moralmente livre*.

[...]

A autonomia individual está associada com o 'princípio de uma vida independente', isto é, com a capacidade de homens e mulheres com deficiência controlarem pessoalmente seus múltiplos aspectos de vida, tomando decisões e assumindo responsabilidades de modo a ascender aos bens materiais e imateriais inerentes a todos. (MADRUGA, 2013 apud MORAES; 2016, pg. 7)⁵

É assim que as pessoas com deficiência devem ser vistas, como indivíduos dotados de desejos, vontades e preferências, como tradução do seu próprio ser, para que assim possam determinar ou fazer com que se determinem

⁴Ibidem, p.55. Nota 1.

⁵Nota técnica nº 01/2016, GT inclusão de pessoas com deficiência. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Fabiano de Moraes. Brasília: 2016.

questões afetas a seu modo de viver. Rosensvald⁶ assinala que “um ser humano jamais poderá ser limitado a uma doença ou ao seu diagnóstico médico. O discernimento e a aptidão psíquica formam apenas uma faceta da personalidade humana”.

E isso não significa que tais indivíduos estariam desprotegidos em suas fragilidades. Nesse aspecto, a CDPD e a LBI trazem medidas legais de apoio ao deficiente, capazes de proporcionar-lhes segurança nos diversos atos da vida, sem embaraçar-lhes a própria essência.

3 Medidas de apoio

Para além de reconhecer que pessoas com deficiência são dotadas de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, a Convenção de Nova York estabeleceu, em seu art. 12, não por acaso intitulado “Reconhecimento igual perante a lei”, que os Estados signatários ao compromisso “tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

Fala-se na adoção de salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos, com o fim de assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa. Conforme elucida Ramos⁷ (2008, pg. 56), a pessoa com deficiência será protagonista no processo judicial pertinente, preocupando-se os operadores do direito com a defesa e promoção de seus direitos fundamentais.

Com isso, a Convenção da ONU determinou, no art. 12, item 4, que qualquer medida de apoio ou salvaguarda que os países signatários viessem a adotar, deveriam fazê-lo da forma menos restritiva possível, observando o princípio da proporcionalidade, e sejam “isentas de conflitos de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial”⁸.

⁶CONTAGEM regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 22 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonrosensvald.info/artigos-juridicos>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁷A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência Comentada. Brasília: 2008, p.55.

⁸Decreto N° 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

3.1 Curatela

A Lei Brasileira de Inclusão, em seus arts. 84 e 85⁹, restringiu o instituto da curatela apenas àqueles casos em que a pessoa com deficiência não possa exprimir a sua vontade, como medida protetiva extraordinária, proporcional às circunstâncias de cada caso, com duração pelo menor tempo possível e tendente a afetar somente atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Tal restrição é compreensível e mesmo elogiável em um sistema no qual não mais se fala em incapacidade absoluta em razão de deficiência. Ora, quando se vê o indivíduo livre na sua essência, deve-se, de fato, abandonar aquele velho instituto substitutivo da vontade, para que se promova um apoio voltado à valorização da personalidade humana que necessita disso para exercer a própria cidadania. Daí porque Rosenvald (2015, pg. 1) esclarece que “cumprirá ao magistrado criar um projeto terapêutico individualizado, com regras específicas voltadas a determinada pessoa, definindo-se quais atos e atividades serão objeto de preservação de autonomia”.

Cumpra observar que a novel legislação trouxe mudanças sensíveis no antigo processo de interdição, agora denominado “processo que define os termos da curatela”, com a redação conferida ao art. 1768 do Código Civil¹⁰.

De fato, considera-se inadequada a utilização do termo “interdição” para denominar o conjunto de atos tendentes a conferir apoio à pessoa com deficiência. Embora o Código de Processo Civil ainda utilize esse termo, Farias *et al.* (2016, pg. 84) pontua que se deve “garantir o império da filosofia implantada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência”, que é a promoção do exercício dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência.

De outro lado, Gagliano (2015) assevera não ser o fim do procedimento de interdição, mas sim do *standart* tradicional da interdição, em virtude do fenômeno da “flexibilização da curatela”.

⁹ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

¹⁰ Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: [...]

O certo é que a curatela passou a ser personalizada, devendo ser preservados os interesses da pessoa, sobretudo quando digam respeito às suas crenças, valores, afetos e outras formas de expressão da personalidade humana. Assim, Rosenvald (2015, pg. 1) assevera que “a regra da proporcionalidade não compactua com uma sentença que seja capaz de neutralizar completamente a possibilidade de uma pessoa protagonizar a sua biografia a ponto de ser substituída pelo *alter ego* de seu curador”.

Na mesma linha, Farias *et al.* (2016, pg. 84) explica que “cada curatela tem o direito (de envergadura constitucional) de ter parametrizada a sua curatela de acordo com as suas particularidades, sem fórmulas genéricas e neutras”.

No que diz respeito aos limites da curatela, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no art. 85, dispõe que afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando o exercício de direitos relacionados à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Contudo, não há como negar que há níveis patológicos mentais nos quais o indivíduo se apresenta completamente alheio à realidade que o circunda e, nesses casos, dúvidas podem surgir quanto aos limites da curatela. Rosenvald (2015, pg. 1) esclarece que “em situações extremas de absoluta impossibilidade de condução pessoal no plano privado, a curatela também cobrirá espaços existenciais, porém incumbirá a quem pretenda ajuizar a demanda o ônus persuasivo quanto à necessidade de ampliação das funções do curador”.

Com efeito, o Código de Processo Civil dá margem a tal interpretação, eis que ao tratar da produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditado, em seu art. 753, §2º, estabelece que “o laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela”. Além disso, no art. 755, dispõe que, na sentença, o juiz fixará os limites da interdição, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interditado, considerando as suas características pessoais, com as potencialidades, habilidades, vontades e preferências. Assim, ainda que a curatela seja excepcionalmente destinada a atos de natureza existencial, devem-se respeitar os interesses do indivíduo.

De outro lado, Farias *et al.* (2016, pg. 85) é categórico ao afirmar a impossibilidade de curatela situações existenciais, haja vista que os atos existenciais emanam da própria personalidade do titular, de onde se deve extrair sua vontade direta e irrestrita, mesmo em situação de curatela. Afirma-se que “impor representação ou assistência para a prática de atos personalíssimos (existenciais) por uma pessoa curatelada importaria, em última análise, em verdadeira pena de banimento”.

Ao que se observa, de fato, a Convenção de Nova York e o Estatuto pretenderam implantar um modelo de curatela estritamente patrimonialista, deixando as questões pessoais ao livre arbítrio da pessoa curatelada. Mas não se pode negar que, em situações excepcionalíssimas, o juiz poderá decidir de forma diversa se levar em consideração as disposições do atual Código de Processo Civil. Desse modo, deve-se aguardar o posicionamento dos tribunais pátrios a respeito dos limites da curatela.

Outra questão que merece ser avaliada se refere aos mecanismos de representação e assistência, frente ao banimento da incapacidade absoluta por deficiência. De início, poder-se-ia acreditar que a assistência seria a única opção para aqueles declarados relativamente incapazes. No entanto, com a maestria que lhe é peculiar, Rosenvald (2015) assinala que “a representação de incapazes prossegue incólume, pois não se trata de uma categoria apriorística, cuida-se de uma técnica de substituição na exteriorização de vontade, que pode perfeitamente migrar da incapacidade absoluta para a relativa, inserindo-se em seu plano de eficácia”.

Como consequência disso, as decisões judiciais deverão trabalhar os meandros de cada indivíduo, de acordo com as reais barreiras enfrentadas pelo portador de deficiência, visando à sua superação, para o alcance de uma plena interação com a sociedade. Conforme salienta Farias *et al.* (2016, pg. 84) “o curador pode ser um representante para certos e específicos atos e assistente para outros, em um regime misto”. Daí porque as decisões judiciais deverão ser personalizadas, não se admitindo fundamentos genéricos.

3.2 Tomada de decisão apoiada

Outra grande inovação introduzida pelo Estatuto é a medida de apoio denominada “tomada de decisão apoiada”, que é um modelo jurídico para proteção da pessoa com deficiência plenamente capaz, mas que necessita de ajuda para exercer determinados atos da vida civil e assim alcançar a igualdade material em direitos. Para Rosenvald (2015), esse instituto é visto “como um *tertium genus* protetivo em prol da assistência da pessoa deficiente que preservará a capacidade civil”.

Nesse sistema, a pessoa com deficiência elegerá duas pessoas de sua confiança, com as quais mantenha vínculos, para apoiarem-no na tomada de decisões sobre atos da vida civil, a qual lhe esclarecerá sobre elementos relevantes, para que possa tranquilamente exercer sua capacidade (art. 1783-A, CC). Assim, o beneficiário conservará a sua capacidade de fato e apenas será privado de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil. (ROSENVALD, 2015).

Percebe-se que tal instituto é voltado àquelas pessoas que estão aptas a manifestar a sua vontade, mas possuem dificuldades de ordem física, psicológica, intelectual ou sensorial para exercê-la. Pode-se citar, como exemplo, o caso de tetraplégicos, obesos mórbidos, portadores de doença mental que limite o autogoverno, e outros portadores de enfermidades que dificultem a deambulação para a prática de atos da vida civil.

A tomada de decisão apoiada não é um experimento brasileiro. Além de dar cumprimento às exigências da CDPD, no sentido de promover o apoio às pessoas com deficiência que dele necessitarem para o exercício da capacidade legal, o instituto já existe na Itália (art. 404 a 413 do CC)¹¹ e Argentina (art. 43 do CC)¹². É um modelo personalista implantado pelo movimento do Direito Civil-Constitucional. Reconhecendo o sucesso dessa medida de apoio, Rosenthal (2015) considera que

Dos onze anos de experiência italiana, extrai-se que, mais do que uma reforma, a introdução da administração apoiada se tornou uma verdadeira revolução institucional – reconhecida inclusive pela Corte Constitucional (9.12.2005, n. 440), culminando por confinar a interdição em um espaço residual.

Diferente da curatela, que é voltada especialmente para a proteção patrimonial da pessoa com deficiência, a tomada de decisão apoiada afigura-se como um remédio personalizado para as necessidades existenciais de uma pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano (FARIAS *et al.*, 2016, pg. 116).

De fato, esse mecanismo representa um cuidado diverso com a pessoa acometida por infortúnios da vida que lhe tiram ou diminuem o autogoverno, eis que não lhe suprimem a vontade; pelo contrário, tem a vontade huma-

¹¹ Art. 404 - *Amministrazione di Sostegno* La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.

Art. 409 - *Effetti dell'Amministrazione di Sostegno* Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'Amministratore di Sostegno. Il beneficiario dell'Amministrazione di Sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.

¹² ARTICULO 43.- *Concepto. Función. Designación.* Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le os de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

na como imperativo orientador dos atos da vida, como decorrência da autonomia e independência individuais. Acerca da participação de pessoas com deficiência nos processos de tomada de decisão, vale transcrever a brilhante lição de Roberto Caldas (2014, pg. 51)¹³:

O direito de participação ativa das pessoas com deficiência na tomada de decisões abrange até mesmo as crianças, reconhecendo seu papel de sujeitos, e não meros objetos de direitos. Ressalte-se que isso também vale para as pessoas com deficiência intelectual, que, assim como as crianças, devem ter seus posicionamentos levados em consideração, na medida em que lhes seja possível expressá-los.

A tomada de decisão apoiada veio como um procedimento de jurisdição voluntária, no qual a pessoa com deficiência e os apoiadores por ele indicados devem apresentar termo constando os limites do apoio, o prazo de vigência desse acordo, com o compromisso de respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa apoiada, tudo conforme estabelecido no Código Civil, no art. 1783-A e seus parágrafos.

Quanto à legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada, em que pese a literalidade da lei referir-se apenas à pessoa apoiada, Farias *et al.* (2016, pg. 116) ensina que, por tratar-se de norma protecionista da pessoa humana, deve-se fazer uma interpretação ampliativa, com lastro na tradicional regra de que “quem pode o mais, pode o menos”. Assim, sugere que os legitimados para a curatela também o são para a tomada de decisão apoiada, a exemplo dos familiares e do Ministério Público.

Ainda com relação ao processamento, estabeleceu-se que, antes de se pronunciar sobre o pedido formulado, o juiz ouvirá inicialmente o Ministério Público e após, assistido por equipe multidisciplinar, ouvirá os requerentes.

É importante se atentar para o fato de que as decisões tomadas pelos apoiadores somente terão validade perante terceiros quando inseridas nos limites do apoio acordado. Assim, todos os atos da vida cotidiana que não estejam inseridos no acordo serão praticados individualmente pela pessoa com deficiência, que conserva a sua capacidade plena.

Por isso, no valioso esclarecimento de Rosensvald (2015), no instituto “cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade”. Pode-se afirmar, portanto, que muitos casos em que hoje se tem

¹³NOVOS COMENTÁRIOS à convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência. Brasília: 2014.

uma pessoa curatelada, devem ser substituídos pelo mecanismo da tomada de decisão apoiada.

4 Conclusão

O Brasil deu um grande salto no campo do respeito e observância aos direitos humanos quando, em 30 de março de 2007, assinou, em Nova York, a Convenção Internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência e seu protocolo facultativo, que, em 2009, ingressaram no ordenamento jurídico interno com força de emenda constitucional. A partir daí, deu-se a regulamentação legal da matéria, que veio com a Lei nº 13.146/15, a qual, além de reafirmar diversos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, reformulou o sistema de capacidade até então vigente, com o fim de resgatar personalidades humanas relegadas ao cadafalso da própria existência.

É que, até então, o mecanismo da interdição plena, largamente utilizado no Brasil, cuidava de declarar como absolutamente incapazes aqueles portadores de deficiência julgados vazios de discernimento para a prática dos atos da vida civil. Como medida resolutiva, tinha-se a curatela, pela qual uma terceira pessoa seria totalmente responsável por determinar os atos afetos àquela vida, como um meio substitutivo da vontade.

Corrigindo esse tratamento desarmônico, incompatível com um estado democrático de direitos, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, a Lei Brasileira de Inclusão segue os ditames da Convenção de Nova York e reconhece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Como se poderia pensar em um primeiro momento, essa mudança de paradigma não implica negação de proteção legal da pessoa acometida por infortúnios da vida, sejam eles de ordem física, sensorial, mental ou intelectual, eis que foram previstas medidas de apoio incidentes, nos campos patrimonial e existencial, sem, contudo, tolher a manifestação da essência da personalidade humana.

Cuidou-se de restringir o espectro da curatela para aplicá-la somente aos casos em que a pessoa não puder exprimir a sua vontade, respeitando ainda a história de vida dessa pessoa, seus desejos, aspirações, interesses, enfim, tudo que possa ser extraído da sua personalidade a partir do modo de vida, do meio cultural e de qualquer outra característica relacionada a ela. Tal instituto é vocacionado à proteção patrimonial do indivíduo, devendo ser especificados os atos para os quais se pretende representação ou assistência, a depender da medida de limitação da autonomia.

Mas a grande e feliz inovação da novel legislação é a Tomada de Decisão Apoiada, procedimento voltado para auxiliares pessoas capazes que, por alguma deficiência, necessite de apoio para praticar determinados atos da vida civil. Nesse modelo, duas pessoas serão indicadas pelo beneficiário, para servirem-lhe de apoiadores, fornecendo elementos e informações necessários para o tranquilo exercício da sua capacidade.

O referido instituto já tem sido adotado em outros países e parece adequado para corrigir muitos casos de pessoas que tiveram a capacidade restringida, em situação que hoje não se adequa ao modelo civil constitucional de promoção da pessoa com deficiência. É que a tomada de decisão apoiada visa a estimular a capacidade de agir, para que a pessoa beneficiária viva com liberdade nos seus desejos e anseios e, ao mesmo tempo, tenha o auxílio de terceira pessoa para exercer a sua autodeterminação de maneira segura (dirigir sua pessoa, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral).

A pesquisa demonstrou que as iniciativas legislativas em comento não deixaram legalmente desprotegidas as pessoas com deficiências vulneradas no seu autogoverno; ao contrário, cuidaram de promover mecanismos para que tais pessoas exerçam a sua capacidade de fato em igualdade com as demais pessoas, e o mais importante, com o respeito à sua individualidade.

Como qualquer mudança, resta agora aguardar que o espírito apregoado pela Convenção de Nova York e pela Lei Brasileira de Inclusão seja absorvido pelos operadores do direito, governantes e pela sociedade em geral, para que seja possível a efetivação dos direitos declarados. É chegada a hora de promover o exercício da cidadania por pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social, cuidando para que elas sejam protagonistas de suas próprias existências e vivam a vida em sua plenitude.

Referências

BRASIL. *Código civil*. Vade Mecum Compacto. Colaboradores: Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. *Novo código de processo civil*. Colaboradores: Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; *É o fim da interdição?*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-depablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota técnica nº 01/2016, GT inclusão de pessoas com deficiência*. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Fabiano de Moraes. Brasília: 2016.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

_____. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei 13.146 de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

_____. Secretaria de Direitos Humanos. *A convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência Comentada*. Brasília: 2008.

_____. Secretaria de Direitos Humanos. *Novos comentários à convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência*. Brasília: 2014.

ROSENVALD, Nelson. *Estatuto da pessoa com deficiência, 11 perguntas e respostas*. 05 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Nelson. *A tomada de decisão apoiada*. 16 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/artigos-juridicos>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. *Contagem regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 22 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/artigos-juridicos>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Maria Luísa Pacífico Brandão

Bacharela em Direito

Resumo

Este trabalho apresenta aspectos importantes a respeito da proteção dos direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como, sobre como os tratados que versam sobre os direitos humanos que são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988. Ao equiparar esses instrumentos internacionais ao *status* de normas constitucionais, evidencia-se que a Carta Magna garante a aplicabilidade imediata de normas que tratam dos direitos e das garantias fundamentais. Para tanto, foi realizada uma análise bibliográfica da doutrina que trata do tema.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Tratados. Constituição Federal.

Abstract

This paper presents important aspects about the protection of human rights in the the Inter-American Human Rights System, and also, how human rights treaties are incorporated into the Brazilian legal system according to the Federal Constitution of 1988. By equate these international instruments to the status of constitutional norms, it is evident that the Magna Carta guarantees the immediate applicability of norms that deal with fundamental rights and guarantees. For all that, has been done a bibliographical analysis of the doctrine about with these topics.

Key words: Inter-American System of Human Rights. Fundamental Rights. Treaties. Federal Constitution.

1 Introdução

As violações aos direitos humanos constituem parte dos problemas que preocupam a comunidade internacional, por isso são inúmeros os tratados e acordos internacionais existentes com o intuito de promover a proteção desses direitos, conforme se verá adiante. Esses tratados permitem que a

jurisdição internacional exerça uma forte influência sobre as leis de direito interno, pois é através deles que os Estados se comprometem a tomar medidas internas para salvaguardar os direitos inerentes à pessoa humana. Alguns deles merecem destaque, quais sejam, a “Carta das Nações Unidas” (1945), compreendida como o primeiro sistema normativo a tratar da dignidade da pessoa humana; a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” (1948), que estabelece a proteção universal dos direitos humanos; a “Carta da Organização dos Estados Americanos” (1948), que, além de demonstrar preocupação com direitos humanos, promove a solidariedade entre os Estados Americanos; e a “Convenção Americana de Direitos Humanos” (1969), considerada o instrumento de maior importância do sistema interamericano, pois obriga os seus Estados membros a protegerem os direitos humanos.

Em se tratando dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, objeto do presente estudo, é regido pela Convenção Americana de Direitos Humanos que, através de seus órgãos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, se mostra um instrumento eficaz para que haja uma maior observância aos direitos humanos pelos seus Estados membros, principalmente quando são verificadas falhas ou omissões por parte das instituições nacionais.

Pensando nessa temática, elabora-se este trabalho, visando a analisar como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos se consolidou, abordando também a justiciabilidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, através da incorporação dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

2 O sistema interamericano de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem se consolidado como importante e eficaz estratégia de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas (PIOVESAN, 2017). Tem como alicerce normativo a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), possuindo esta dois órgãos que atuam em defesa desses direitos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA¹), também nomeada como Carta de Bogotá, assinada em 30 de abril de 1948 e entrando

¹A partir deste momento, será usada, com frequência, a sigla OEA para se referir a Organização dos Estados Americanos.

em vigor só em 1951, traz em seu texto uma enorme preocupação com a proteção dos direitos humanos, apresentando um conjunto de princípios norteadores das ações de seus Estados membros desde o seu preâmbulo. Por esta razão, é que a OEA é vista como um organismo regional dentro das Nações Unidas, buscando o desenvolvimento da paz e da justiça, promovendo a solidariedade e a colaboração dos Estados americanos, para que juntos possam defender suas próprias soberanias, integridades territoriais e independências, como pode ser observado no texto de seu artigo 1º:

Artigo 1º - Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional. A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades que aquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros (OAS, 1948).

Entre os princípios gerais instituídos pela Carta, localizados em seu artigo 10, está o de que os Estados americanos são colocados em um mesmo nível de igualdade no que se refere ao exercício de seus direitos e deveres perante a comunidade internacional.

Artigo 10 - Os Estados americanos são juridicamente iguais, desfrutam de iguais direitos e de iguais capacidades para exercê-los, e têm deveres iguais, sendo que os direitos de cada um não dependem do poder de que dispõem para assegurar o seu exercício, mas, sim, do simples fato da sua existência como personalidade jurídica internacional (OAS, 1948).

Outro aspecto relevante sobre a Carta da OEA é de que, desde a sua entrada em vigor, em 1951, o seu texto sofreu alterações por força de alguns protocolos, ou seja, acordos internacionais, que têm o intuito de interpretar ou complementar tratados. Foram eles: Protocolo de Buenos Aires, em 1967; Protocolo de Cartagena das Índias, em 1985; Protocolo de Washington, em 1992; e Protocolo de Manágua, no ano de 1993 (GUERRA, 2013). Após tais reformas, ficou estabelecido que os órgãos previstos na Carta da OEA, são:

1. Assembleia-Geral, o órgão supremo da OEA, na qual todos os Estados-membros que se encontram representados têm atribuições definidas no artigo 52 da Carta, merecendo destaque as atribuições que concernem em decidir a ação e a política gerais da organização, em fortalecer e em harmonizar a cooperação da OEA com a ONU e seus organismos especializados, além de promoverem a colaboração nos setores econômico, social e cultural com outras organizações internacionais (MATTOS, 2002).
2. Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores que, como o próprio nome já traz essa ideia, este é um órgão consultivo, que tem por finalidade considerar problemas de natureza urgente e de interesse comum para os Estados americanos e está previsto na Carta a partir do seu artigo 61.

Artigo 61 - A Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores deverá ser convocada a fim de considerar problemas de natureza urgente e de interesse comum para os Estados americanos, e para servir de Órgão de Consulta. (OAS, 1948).

3. Conselhos, órgãos dependentes diretos da Assembleia-Geral que exercem funções delegadas por esta e pela Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores. Atualmente, dois são os conselhos existentes na Organização: o Conselho Permanente e o Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral. O quarto órgão da Organização é a Comissão Jurídica Interamericana, com atribuições estabelecidas pelos artigos 99 e 100 da Carta. Esta Comissão foi criada com o escopo de servir de corpo consultivo da Organização em assuntos jurídicos. (MAZZUOLI, 2012).
4. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão de maior destaque dentro da Organização, criado pela 5ª Reunião de Ministros das Relações Exteriores e não só pertence à OEA, como também atua dentro da Convenção Americana de Direitos Humanos e, por isso, terá suas características aprofundadas mais adiante.
5. Secretaria-Geral, órgão responsável pela administração da Organização, de acordo com o artigo 107 da Carta da OEA (1948). A Secretaria-Geral exerce, além das funções que lhe atribui a Carta, aquelas atribuídas por outros tratados e acordos internacionais, bem como cumpre encargos atribuídos pela Assembleia-Geral e pela Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores e os Conselhos.

Cumpram ainda ressaltar que a Carta da OEA traz referências à existência de Conferências e Organismos especializados. Estes, conforme disposto em seu artigo 124, são os “organismos intergovernamentais estabelecidos por acordos multilaterais, que tenham determinadas funções em matérias técnicas de interesse comum para os Estados americanos” (OAS, 1948). Aquelas, segundo o artigo 122 da Carta, são

[...] reuniões intergovernamentais destinadas a tratar de assuntos técnicos especiais ou a desenvolver aspectos específicos da cooperação interamericana e são realizadas quando o determine a Assembleia-Geral ou a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, por iniciativa própria ou a pedido de algum dos Conselhos ou Organismos especializados (OAS, 1948).

Feito esse esboço sobre a Organização dos Estados Americanos, percebe-se que sua criação se deu devido à vontade dos Estados americanos de se consolidarem e, através dos órgãos da OEA, conseguirem promover a paz e a segurança em todo o continente, bem como plantar o espírito de solidariedade entre seus Estados-membros para que haja a devida preservação dos direitos essenciais ao homem.

Com relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, esta entrou em vigor em 1978, permitindo a adesão dos Estados partes da Organização dos Estados Americanos, conforme disposto em seu artigo 74.1 da Convenção: “Esta Convenção está aberta à assinatura e à ratificação de todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos” (PIOVESAN, 2013, p.316).

Mesmo sendo considerada como o instrumento de maior importância no sistema interamericano, nem todos os Estados membros da OEA aceitaram fazer parte desta Convenção que, até janeiro de 2013, contava apenas com 25 Estados-membros (PIOVESAN, 2013).

Pode-se afirmar que o alto grau de relevância dado à Convenção Americana de Direitos Humanos se deu em razão das inovações apresentadas por este instrumento, principalmente no que diz respeito à ampliação dos direitos protegidos, com a criação de mecanismos de proteção a esses direitos, constituindo-se um dos mais fortes pilares do atual sistema interamericano (OLIVEIRA, 2010).

O preâmbulo da Convenção Americana traz princípios anteriormente afirmados na Carta da OEA, mas que, com a Convenção, adquiriram maior observância da comunidade americana, principalmente quando é destacado o fato de que os direitos essenciais da pessoa humana não são consequências do fato de ela ter nacionalidade de determinado Estado, mas, sim, do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão esta que justifica a existência de uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que é oferecida pelo direito interno dos Estados americanos. Ainda se chama a atenção para o fato de que os direitos inerentes à pessoa humana só poderão ser, de fato, gozados, sem que seja criada uma atmosfera que permita o exercício desses direitos, através da cooperação entre instrumentos internacionais e os de direito interno dos Estados. Contudo, fica claro no preâmbulo que a Convenção Americana “reafirma”, “reconhece”, “considera” e “reitera” todos os direitos mencionados pelos organismos regionais e internacionais de proteção aos direitos humanos que a antecederam, como pode ser observado:

PREÂMBULO

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais; reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas, sim, do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a

incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria; (CIDH, 2017).

Na Convenção Americana, são elencados diversos direitos civis e políticos, entre os quais estão o direito à vida, à liberdade, à privacidade, à personalidade jurídica e a um julgamento justo, à liberdade de consciência, religião, pensamento e expressão. No entanto, apesar de os direitos sociais, culturais e econômicos não serem enunciados de forma específica no texto da Convenção, esta não se absteve em determinar que os Estados devam alcançar de forma progressiva a garantia desses direitos. Por esta razão, em 1988, a Assembleia-Geral da OEA resolveu adotar um Protocolo adicional à Convenção, tratando de tais direitos, conhecido como Protocolo de San Salvador que só entrou em vigor em 1999 (PIOVESAN, 2013).

Destaca-se, ainda, que a Convenção atribui a seus Estados-membros a obrigação de adotar medidas legislativas internas que assegurem de forma efetiva os direitos civis e políticos, além dos sociais, culturais e econômicos. E, para garantir a proteção desses direitos por ela tutelados, a Convenção se ampara em dois órgãos de proteção aos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos. Está previsto no artigo 106 da Carta da OEA, e por isso, sua competência alcança todos os Estados que fazem parte da Organização e ainda possui previsão normativa na Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 106 - Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria (CIDH, 1969).

A Comissão foi criada com a finalidade de promover a observância e a defesa dos direitos humanos. Nesse sentido, conforme afirma Sidney Guerra, para promover o exercício de suas funções, deve a Comissão preparar estudos, relatório e propor recomendações aos Estados, tendo em vista a adoção de medidas que favoreçam o sistema de proteção aos direitos humanos no plano doméstico, como também reconhecer petições individuais e comunicações interestatais que contenham denúncias de direitos que tenham sido aviltados, nos termos da Convenção (GUERRA, 2013).

Nesse rumo, faz-se importante salientar que o Estado que não cumprir as recomendações emitidas pela Comissão poderá vir a sofrer a sanção máxima por ela imputada, que consiste na divulgação do relatório de condenação do Estado para os outros membros da Organização, através da Assembleia da OEA (GUERRA, 2013).

Pode-se afirmar que a atuação da Comissão dentro da OEA se dá, principalmente, quando ela inicia o procedimento de responsabilização de seus Estados-membros pela violação direitos humanos dentro de seus territórios. Esse procedimento se origina com o envio de uma petição por um cidadão ou grupo de cidadãos, invocando a responsabilidade internacional do Estado.

A petição enviada deve preencher todos os requisitos de admissibilidade elencados no artigo 46 da Convenção Americana:

Artigo 46 - 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional, geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44º, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. (CIDH, 1969).

Depois de verificados tais requisitos, a Comissão determina um prazo para que informações sobre o fato que acarretou a denúncia sejam enviadas

pelo Estado denunciado. O caso, portanto, poderá ser arquivado, não comprovados os fatos alegados pelo denunciante (PIOVESAN, 2013).

No entanto, o não arquivamento de um caso denunciado à Comissão acarretará no reconhecimento das partes, investigação dos fatos alegados na exordial e a realização de um exame sobre a matéria. Feito isto, a Comissão tentará uma solução pacífica ou acordo entre as partes; caso não seja possível, um relatório com os fatos, as conclusões sobre a existência ou não da violação de direitos, bem como recomendações com caráter mandatório, será redigido pela Comissão e encaminhado ao Estado denunciado que terá o prazo de três meses para dar cumprimento às recomendações. Em caso do não cumprimento dessas recomendações, o caso poderá ser remetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, salvo decisão contrária da maioria dos membros da Comissão e se o Estado em questão não tenha reconhecido a competência da Corte. (PIOVESAN, 2013).

O artigo 25, do novo Regulamento da Comissão, adotado em agosto de 2013, diz que

Artigo 25 - Medidas cautelares

1. Com fundamento nos artigos 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos, 41.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 18.b do Estatuto da Comissão e XIII da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares. Essas medidas, tenham elas ou não conexão com uma petição ou caso, deverão estar relacionadas a situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano (OAS, 2013).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode, por vontade própria e independente de queixa, intervir, através de recomendações, em casos de urgência e gravidade extrema, que envolvam a violação dos direitos humanos dentro do território de seus Estados membros. Assim, pode-se afirmar que há um caráter jurisdicional exercido pela Comissão, ainda que ínfimo.

2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Segundo órgão de proteção aos direitos elencados na Convenção Americana de Direitos Humanos é a Corte Interamericana de Direitos

Humanos (Corte IDH²), com sede em São José, na Costa Rica. Teve o “seu nascimento em 1978, quando da entrada em vigor da Convenção Americana, mas o seu funcionamento somente ocorreu, de forma efetiva, em 1980, quando emitiu sua primeira opinião consultiva” (MAZZUOLI, 2012, p.904).

A Corte é regulada pelos artigos 33, b, e 52 a 73 da Convenção Americana e pelo seu Estatuto próprio (1969). É considerado um tribunal internacional que tem a capacidade de condenar os Estados membros da OEA que reconhecerem sua competência e que tenham direitos humanos violados em seu território.

A Corte IDH é composta por sete juízes nacionais dos Estados membro da OEA, escolhidos a título pessoal pelos Estados, “juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos”, como assim preceitua o artigo 52 da Convenção Americana (1969).

A Convenção Americana traz, em seu artigo 55, a figura de outro integrante da Corte, o juiz *ad hoc*, como pode ser observado:

Artigo 55 - 1. O juiz, que for nacional de algum dos Estados-partes em caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do mesmo.

2. Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados-partes, outro Estado-parte, no caso, poderá designar uma pessoa de sua escolha para integrar a Corte, na qualidade de juiz *ad hoc*.

3. Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados-partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*.

4. O juiz *ad hoc* deve reunir os requisitos indicados no artigo 52. (CIDH, 1969).

Portanto, o juiz *ad hoc* figura como um oitavo juiz eleito sob os mesmos requisitos dos outros juízes e atuará principalmente nos casos em que a demanda seja interestatal e que um dos juízes da Corte seja nacional do país demandado.

²A partir desse momento, será usada a sigla Corte IDH para se referir a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competências consultiva e contenciosa. A primeira está prevista no artigo 64 da Convenção Americana:

Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires (CIDH, 1969).

É importante salientar que a competência consultiva sobre matéria de tratados que versem sobre os direitos humanos poderá ser solicitada por qualquer membro da OEA, ainda que não faça parte da Convenção americana. Nos termos do artigo 64.2 da Convenção: “*A Corte, a pedido de um estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais*” (CIDH, 1969).

Quando é solicitada a atribuição consultiva, a Corte realiza uma interpretação que vai além da norma em si, além dos direitos elencados na Convenção, pois é levado em consideração o fato de que os direitos humanos estão em constante evolução e expansão. Logo, no exercício de sua competência consultiva, a Corte Interamericana tem desenvolvido análises aprofundadas a respeito do alcance e do impacto dos dispositivos da Convenção Americana. (PIOVESAN, 2013, p.147).

Quanto à competência contenciosa da Corte Interamericana, diferentemente da função consultiva, esta é facultativa, ou seja, os Estados devem reconhecer expressamente a sua jurisdição e fazerem parte da Convenção, como dispõe o artigo 61.1 da Convenção: “Somente os Estados Parte e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte” (CIDH, 1969). O Brasil, por exemplo, só aderiu à competência contenciosa da Corte em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89/98 (MAZZUOLI, 2012).

Seguindo em análise aos dispositivos da Convenção, segundo o artigo 61.2: “Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50” (CIDH, 1969). Estes dois dispositivos trazidos em questão tratam da função da Comissão interamericana como uma instância anterior à Corte, ou seja, os casos que já passaram pela Comissão, mas que não possuíram solução efetiva. A estes casos serão proferidas sentenças definitivas e inapeláveis, conforme artigo 67 do instrumento normativo em estudo.

Ao reconhecer a função contenciosa da Corte, o Estado está ciente de que, caso venha a sofrer alguma condenação, deverá estabelecer e cumprir medidas necessárias para o efetivo cumprimento da sentença proferida, nos termos do artigo 68 da já referida Convenção.

Os casos que chegam a ser julgados pela Corte, portanto, já passaram por todas as instâncias nacionais e pela Comissão Interamericana e, por isso, tornam-se casos emblemáticos, pois seus desfechos podem ser capazes de influenciar os entendimentos jurisprudenciais dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados americanos condenados, bem como ensejar mudanças normativas.

As regras do procedimento processual na Corte Interamericana estão elencadas no Título II, Capítulo I do seu Regulamento, aprovado no LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009 (CORTEIDH, 2009).

Primeiramente, a Comissão apresentará a causa à Corte através de petição em algum dos idiomas oficiais (espanhol, inglês, português e francês) e, para que haja de fato a apreciação pela Corte, este relatório deve conter todos os fatos violadores dos direitos humanos, a identificação das supostas vítimas e de seus representantes, além de todos os requisitos elencados nas alíneas do artigo 50.1 do Regulamento. É imprescindível atentar para o fato de que esse Regulamento trouxe ainda a figura do Defensor Interamericano que “será designado pela Corte e atuará na defesa das vítimas que não apresentarem representantes”, conforme artigo 37.

Após a propositura da ação, o Presidente da Corte analisará os pressupostos iniciais da demanda e, em caso de aceitação, será feita a citação do Estado demandado, bem como a intimação da Comissão, quando esta não figurar o polo ativo da demanda. Será aberto então o contraditório. Nesta fase, o Estado réu pode apresentar exceções preliminares, que poderão ser opostas na contestação (MAZZUOLI, 2012).

De acordo com o artigo 41 do Regulamento, a contestação deverá ser apresentada já com os documentos probatórios juntados. O inciso I de tal dispositivo elenca em suas alíneas o que deverá ser indicado na defesa:

- a. se o Estado aceita os fatos e as pretensões ou se os contradiz; b. as provas oferecidas devidamente ordenadas, com indicação dos fatos e argumentos sobre os quais versam; c. a propositura e identificação dos declarantes e o objeto de sua declaração. No caso dos peritos, deverá ademais remeter seu currículo e seus dados de contato; d. os fundamentos de direito, as observações às reparações e às custas solicitadas, bem como as conclusões pertinentes.

O Capítulo VI, do já referido Regulamento, dispõe sobre a desistência, o reconhecimento e a solução amistosa da demanda. Poderá o deman-

dante desistir do processo, no entanto esta decisão deverá ser aceita pela Corte, depois de ouvida a opinião de todos os intervenientes no processo sobre sua procedência e seus efeitos jurídicos. Quanto ao reconhecimento do processo, segundo o disposto no artigo 62, pode o demandado comunicar à Corte que aceita e acata os fatos alegados na pretensão inicial; nesse caso, deverá a Corte ouvir os demais intervenientes no processo e decidir, em momento oportuno, sobre os efeitos jurídicos desse reconhecimento. Ainda, o Regulamento prevê a possibilidade de uma conciliação entre as partes da demanda, caso em que poderá a Corte homologar ou não o acordo, levando em conta as responsabilidades que lhe cabem em matéria de proteção dos direitos humanos.

Após todo esse trâmite, tomando como base o artigo 45 do Regulamento, o Presidente da Corte determinará a data de abertura do procedimento oral e indicará as audiências necessárias. Finda esta fase probatória e de audiências, a Corte deverá proferir sua sentença de mérito, que, como já explicado anteriormente e de acordo com o artigo 66 e seguinte da Convenção Americana, deverá ser fundamentada, visto trata-se de uma decisão definitiva e inapelável. Esta sentença deverá, então, ser notificada às partes para que sejam iniciadas as providências para o seu devido cumprimento (MAZZUOLI, 2012).

A respeito das sentenças proferidas pela Corte, é de extrema importância o esclarecimento de que estas não possuem função punitiva ao Estado condenado, como explica Simone Oliveira:

As decisões da Corte IDH têm força vinculante. Os Estados, se condenados, devem cumprir o conteúdo da decisão em respeito às disposições convencionais e em atenção ao princípio do *pacta sunt servanda*. Por terem escolhido a Corte como instância judicial por ato de vontade expresso, não há que compreendê-la como uma imposição externa (2010, p.41).

Logo, compreende-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos merece ser vista como uma extensão dos ordenamentos jurídicos dos Estados que reconheceram sua competência no sistema interamericano.

3 Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 7º, traz no seu texto o reconhecimento da jurisdição internacional sobre direitos humanos, ao estabelecer que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos.

A Carta Magna de 88 é vista como o inicial para a construção de um Estado Democrático de Direito. Em seu Título II, são elencados os direitos e garantias fundamentais do Estado, que estão subdivididos em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos dos partidos políticos, mostrando a preocupação do constituinte em definir os direitos primordiais a serem resguardados pelo Estado. Para Flávia Piovesan, “esses direitos são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora” (2007, p. 26).

Importante se faz observar que, desde o seu preâmbulo, a Constituição de 88 salvaguarda a proteção da dignidade humana e os direitos fundamentais, colocando-os como pilares importantes para a sustentação de uma democracia e a consolidação do novo ordenamento jurídico que nascia à época de sua promulgação. Sobre o assunto, ainda nas palavras de Piovesan:

[...] o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (2007, p. 32).

Dentre os mecanismos de garantia constitucional dos direitos humanos assegurados na Constituição, está a justiciabilidade desses direitos que, nas palavras de Marta Ramires, se traduz-se em

[...] direitos humanos constitucionalmente assegurados na Constituição de 1988 importam não apenas na existência de garantias constitucionais gerais, ou ainda ações constitucionais específicas à tutela dos direitos, mas também, atentam à organização e implementação de todo o aparato judicial, sua estrutura legal e administrativa. Por isso há de se falar em justiciabilidade dos direitos humanos (2006, p.132).

Essa justiciabilidade dos direitos fundamentais pode ser definida, de maneira simples, como a previsão constitucional desses direitos, conferindo-lhes exigibilidade, ao passo que sua proteção judicial, que está prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito”.

No mesmo dispositivo supramencionado, em seu parágrafo 1º, é dito que as normas relativas aos direitos fundamentais são normas de aplicabilidade imediata, ou seja, são normas imperativas, que não dependem de normas

infraconstitucionais para que ganhem força no nosso ordenamento, entretanto dependem, sim, de uma movimentação da máquina estatal para que seja efetivada a proteção desses direitos.

Portanto, a norma constitucional estabelece que a exigibilidade dos direitos fundamentais deverá ser forçada pelo Judiciário, e a sua aplicabilidade dar-se-á de forma imediata, sem que haja necessidade de lei infraconstitucional tratando do assunto, não podendo, assim, a Ordem Jurídica aprovar qualquer lei que impeça a plena efetividade de tais direitos.

3.1 O Regime Constitucional dos Tratados de Direitos Humanos

A evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos tem feito com que os ordenamentos internos se adaptem às novas recomendações trazidas pelos organismos da Comunidade Internacional.

Essas adaptações são perceptíveis, principalmente, nos textos das atuais Constituições democráticas que preveem esforços internos para a proteção de princípios e direitos apresentados pelos dispositivos internacionais adotados pelos Estados. Essas Cartas Magnas abertas ao diálogo com o cenário internacional dos direitos humanos vêm para a realização eficaz e efetiva dos direitos humanos e para legitimação material do texto constitucional (RAMIRES, 2006).

Sobre as formas de imersões dos tratados internacionais de direitos humanos no nosso ordenamento pátrio, Marta Ramires defende uma opinião bastante crítica acerca das regras procedimentais sobre essa matéria, trazidas nas Constituições:

[...] um dos mais contemporâneos mecanismos de limitação da atuação estatal encontra-se configurado na existência de um mandato constitucional que determine como as normas internacionais se integram ao ordenamento nacional e em que regime jurídico esta integração se realiza com vistas à necessária manutenção da estabilidade material entre o sistema jurídico interno e internacional em prol da realização dos direitos humanos (2006, p.136).

Sem contradizer Rosana Ramires (2006), da leitura da Constituição Federal de 1988 percebe-se que há dispositivos que tratam dos tratados internacionais, por exemplo, no artigo 84, inciso VIII, quando é mencionada a competência privativa do Presidente da República de celebrar tratados, convenções e atos internacionais que serão objeto de referendo do Congresso Nacional. Em outro momento, complementado o dispositivo anterior, o

artigo 49, inciso I determina a competência exclusiva do Congresso Nacional de resolver definitivamente questões sobre tratados, acordos ou atos internacionais, estabelecendo, assim, um sistema democrático para decisões, onde o Executivo não decide sem a anuência do Legislativo.

O processo de incorporação de um tratado internacional pelo ordenamento jurídico brasileiro determina que o Chefe do Executivo deva encaminhar ao Congresso Nacional o inteiro teor do tratado, acompanhado de exposição de motivos para que essa matéria seja discutida e votada separadamente em cada casa legislativa. Essa tramitação pode ser observada, segundo Ramires, “pela leitura destes preceitos – Art. 151, inciso II, alínea “j”, art. 139, incisos IV e VI e art. 53, do Regime Interno da Câmara dos Deputados” (RAMIRES, 2006, p.139). Assim, pode-se afirmar que, no procedimento aceitação e incorporação dos tratados, o Constituinte não abriu mão da intenção de sempre unir as forças dos poderes legislativo e executivo.

É necessário o estudo do artigo 5º § 3º da Constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/04, que determina que sejam equiparados a emendas constitucionais os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Elizabeth Lee faz a seguinte interpretação desse dispositivo:

Entende-se que o exame de constitucionalidade de uma lei não deve ter sua compatibilidade ligada somente às normas constitucionais, mas também às responsabilidades assumidas pelo país internacionalmente, exemplo claro dos tratados por ele negociados e adotados no âmbito do ordenamento jurídico internacional (LEE, 2013).

Tem-se, portanto, que a edição do mencionado §3º do artigo 5º se deu devido à necessidade de elevarem-se os tratados de direitos humanos ao *status* de emendas constitucionais, pois equiparam-se a normas constitucionais quando usados como fonte de novas leis, diferentemente dos tratados que não versam sobre os direitos humanos, admitidos como normas infraconstitucionais.

Para Flávia Piovesan, a “hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre de previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana” (PIOVESAN, 2017).

Quanto ao procedimento trazido pelo dispositivo em estudo, qual seja a aprovação em dois turnos por três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso, os autores Emerique e Guerra afirmam:

O dispositivo constitucional contido no art. 5º, § 3º teve como propósito maior acentuar o relevo e o caráter especial atribuído aos tratados de direitos humanos, alçando-os ao *status* equivalente de emendas constitucionais e passando a integrar as disposições de direitos fundamentais, por esta razão o procedimento deve ser obrigatoriamente adotado sempre que se pretenda proceder a internalização de um tratado de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, assinado após a entrada em vigor da EC 45/04 (EMERIQUE; GUERRA, 2008).

Em análise a esta alegação, surge o questionamento sobre o enquadramento de tratados, aprovados antes da EC 45/04, ao patamar de lei constitucional. O posicionamento que pareceu ser mais coerente para o esclarecimento de tal indagação, foi o levantado por Fontenele:

[...] os tratados internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 gozam do status de norma materialmente constitucional, independentemente de terem sido ou não aprovados com observância de quórum qualificado. Já no que tange aos tratados que venham a ser ratificados pelo Brasil após a entrada em vigor do novo § 3º do art. 5º, pode-se dizer que estes, além do status de norma materialmente constitucional que virão a deter por força do § 2º, também poderão equivaler às Emendas Constitucionais, se aprovados conforme o rito previsto no citado § 3º e pelo quórum de três quintos ali determinado (2007, p.107).

Cumprir lembrar que os tratados incorporados após a Emenda 45, ou seja, aqueles tratados que, para serem ratificados, obedeceram ao quórum estabelecido pelo artigo 5º, §3º serão equiparados às Emendas à Constituição e, por isso, não poderão ser objeto de reformas exercidas pelo Poder Constituinte.

Assim, quando se refere aos tratados internacionais de direitos humanos, deve-se observar que, nos termos do art. 5º, §2º, todos são materialmente constitucionais, no entanto aqueles recepcionados a partir da vigência do §3º do mencionado dispositivo, além de materialmente, são considerados formalmente constitucionais.

Concluindo, no presente estudo restou evidenciado que o sistema interamericano constitui um instrumento eficaz na promoção e na proteção dos direitos humanos internacionalmente assegurados, sobretudo quando os Estados se mostram omissos a sérios abusos e violações a estes direitos em seus territórios.

Dessa forma, pôde ser percebido que, ao aceitar a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos e equiparar a normas constitucionais os tratados internacionais de proteção de direitos humanos, o Estado brasileiro, apesar de ser marcado por uma história de violência, exploração e desigualdade social, reconhece a necessidade de promover o avanço na afirmação dos direitos humanos, bem como a necessária proteção judicial desses direitos tanto na esfera internacional, quanto na perspectiva nacional.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. UNICRIO. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. _____. *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/docs/carta_da_onu.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Convenção americana de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. _____. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Table/Justi%C3%A7a-Internacional/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CEIA, Eleonora Mesquita. *A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e o desenvolvimento da proteção de direitos humanos no Brasil*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CORTEIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Novo regulamento da corte interamericana de direitos humanos*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em 15 nov. 2017.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v.10, n. 90, p.01-34, abr./maio, 2008.

FONTENELE, Alysson Maia. *Incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos no direito brasileiro à luz dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC. Florianópolis, 2007.

GUERRA, Sidney. *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

LEE, Elizabeth Höller. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11170>. Acesso em: 16 nov. 2017.

MATTOS, Adherbal Meira. *Direito internacional público*. 2. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *As sentenças proferidas por Tribunais Internacionais devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal?* Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/4428>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. *Curso de direito internacional*. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Simone Lavelle Godoy. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a formulação de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Direito) - NISANTOS. Santos, 2010.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES - OAS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito interno*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6491>. Acesso em: 17 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e a justiça internacional*. 4. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Temas de direitos humanos*. 10. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMIRES, Rosana Laura de Castro. *Jurisdição constitucional internacional: o acesso à Corte Interamericana como garantia constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito)-PUC/SP, São Paulo, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 3. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey.



**1º Concurso de Fotografia MPPB e Cidadania
“Educação para cidadania”
José Evidio
Menção Honrosa Estudante
(Acervo do Arquivo do MPPB)**

AS PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTOS DE RETRATAÇÃO POR CRIMES CONTRA A HONRA

Alexandre Delgado Júnior

Assessor Jurídico de Promotor de Justiça

Resumo

A Justiça Restaurativa busca disseminar a cultura de pacificação social, solucionando os conflitos de forma a reparar o dano causado à vítima e conscientizar o seu agressor acerca das consequências de seus atos. O bem jurídico, tutelado pelos crimes contra a honra, consiste em um bem imaterial – a própria honra, seja ela objetiva ou subjetiva, necessitando da representação do ofendido, processo que pode levar a maiores danos sentimentais. A calúnia e difamação, opostamente à injúria, possuem a retratação como meio de extinção da punibilidade do agente, mas seria essa a forma mais adequada de sanar a avaria causada à honra individual? A escusa da aceitação da retratação pelo ofendido demonstra o afastamento entre vítima e agressor imposto pelo Estado. Através da Justiça Restaurativa, intenta-se aproximar as partes, procurando dirimir os conflitos que levaram ao cometimento do crime e, assim, tendo mais chances de apaziguar os ânimos entre as partes e desestimular a reincidência do ofensor ao ajudá-lo a compreender as consequências das suas ações na vida da vítima. A mediação, conciliação e, em especial, os círculos restaurativos se mostram como uma excelente solução para tais infrações de menor potencial ofensivo e apresentam resultados que demonstram uma mudança de paradigmas na atual cultura penalizante do Estado. Destaque-se que esses mecanismos encontram crescente aceitação no ordenamento jurídico prático, considerando o Novo Código de Processo Civil e a recente Lei da Mediação.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Mediação. Conciliação. Retratação. Crimes contra a honra.

Abstract

The Restorative Justice aims for diffusing the culture of social pacification, resolving conflicts in the hopes of repairing the harm caused to the victim and educate the aggressor about the consequences of his acts. The Crimes Against the Honour strike a personal and subjective right, demanding the representation of the aggrieved, which process might lead to further emotional damage. Calumny and defamation hold retraction as a means to withdraw the agent's punibility, nonetheless would that be the most adequate form to extinguish the wrongdoing suffered by the personal honour. Mediation, conciliation, and especially restorative circles have shown themselves as an excellent resolu-

tion to those crimes of lower offensive potential and present results which demonstrates a shift of paradigms in the current punitive culture of the state. It is noteworthy that these mechanisms are increasingly being accepted in the Brazilian legal system, considering the New Civil Procedure Code and the recent Mediation Law.

Keywords: Restorative Justice. Mediation. Conciliation. Retract. Crimes against the honour.

1 Introdução

O paradigma sociojurídico atual aponta para novas formas de resolução de dissídios, em especial aqueles de menor repercussão social e maior reflexo sentimental para as partes. O sistema tradicional penal, adotado na maior parte do mundo, busca simplesmente uma penalidade para uma conduta socialmente reprovável pelo Estado. Contrariamente, a Justiça Restaurativa propõe uma real reparação do dano causado à vítima, convidando o agressor a participar do processo de restauração.

No caso dos crimes contra a honra, em que se denigre a reputação de alguém – fere-se a honra objetiva – ou macula-se o sentimento de autoestima, apreciação de si própria que a pessoa possui – suja-se a honra subjetiva – a necessidade de reestabelecimento de laços de respeito entre vítima e agressor se mostra ainda mais latente.

O modelo de encarceramento punitivo, além de gerar altos custos financeiros ao Estado, não vem cumprindo seu principal de ressocialização dos infratores da lei. Além disso, pouca assistência é prestada à vítima, que se contenta muitas vezes em ver aplicada uma pena restritiva de liberdade ao seu agressor.

Os crimes contra a honra possuem a peculiaridade de atingir intimamente o indivíduo, causando, mais do que uma repercussão física, uma sentimental. As técnicas restaurativas, a exemplo do círculo restaurativo, mostram-se eficazes na efetiva reparação do dano causado.

Se a essência de uma pena é impor ao seu sujeito um meio de reparar socialmente o dano por ele causado, que forma melhor do que se retratar diretamente a quem por ele foi ofendido? Dessa forma, a retratação aparece como forma de exclusão da punibilidade. Não se busca uma negação do fato ocorrido, mas uma efetiva compensação pelas consequências dele decorrentes.

A experiência com os círculos restaurativos os apresenta como um método simples, eficaz e capaz de resolver os litígios de menor complexidade, visando a um processo empoderativo daquele atingido e

capaz de ressocializar o ofensor à medida que também sana os prejuízos causados à vítima.

Importante frisar a crescente importância dada pelo ordenamento jurídico brasileiro às chamadas práticas alternativas, ou mecanismos adequados à resolução de conflitos. O Novo Código de Processo Civil recepciona em seu bojo o denominado sistema de múltiplas portas, segundo o qual cada conflito possui uma forma de resolução mais propensa a bons, rápidos e eficazes resultados.

Destaque-se também a previsão da Lei dos Juizados Especiais Criminais para realização, pelo juiz, de tentativa de conciliação entre ofensor e ofendido nos casos de contravenções penais.

2 A Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa é uma modalidade de resposta ao crime, diferente da resposta da Justiça Criminal. Atua com abrangência objetiva, porque tenta resolver o problema do crime, considerando também as suas causas e todas as suas consequências. Também atua com abrangência subjetiva, porque inclui a solução do problema do crime não só para as pessoas diretamente afetadas, mas também para aquelas indiretamente afetadas. Eventualmente, até mesmo as comunidades que mantêm relacionamento com as pessoas afetadas pelo crime participam da sua solução.

Nessa modalidade de prática de justiça, as pessoas afetadas pelo crime e, especialmente, as vítimas têm um papel de maior relevância e consideração. Suas posições e opiniões são levadas em apreço mais do que na Justiça Criminal convencional.

De outro lado, o infrator é estimulado a reparar os danos decorrentes do crime, sejam esses danos materiais, morais ou emocionais. E, para esse fim, também são consideradas as condições do infrator, de modo que ele efetivamente cumpra com o seu compromisso.

A Justiça Restaurativa pode ser conceituada como a proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular a adequada responsabilização por atos lesivos, a assistência material e moral de vítimas, a inclusão de ofensores na comunidade e o empoderamento das partes.

Além disso, para Azevedo (2005, p. 140), ela promove a solidariedade, o respeito mútuo entre vítima e ofensor, a humanização das relações

processuais em lides penais e a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.

A Justiça Restaurativa não é uma nova modalidade de Justiça, de Corte, ou de Tribunal. É uma fase, dentro do processo criminal, durante a qual as pessoas envolvidas no crime são levadas a participar de uma intervenção interdisciplinar que consiste de encontros coordenados por facilitadores capacitados para esse fim. Os encontros se dão dentro de um ambiente de segurança e respeito, de modo que os problemas não aumentem.

A participação das pessoas envolvidas no crime (vítima/infrator) é voluntária. Isso significa que não estão obrigadas a participar dos encontros da justiça restaurativa. A participação da Justiça Criminal convencional é diferente; é obrigatória, e a pessoa não pode escolher a não participação. Então, se a pessoa não quer participar dos encontros da Justiça Restaurativa, os processos prosseguem normalmente pelo procedimento criminal convencional.

A Justiça Restaurativa precisa se preocupar com as necessidades e o empoderamento da vítima, do ofensor e da comunidade afetada pelo delito. *Todos, de alguma forma, devem sair ganhando.* Isso não significa, entretanto, que todos terão a mesma ajuda, pois esta irá variar conforme a necessidade de cada um. (PALAMOLLA, 2009, p. 63, grifo nosso)

A justiça restaurativa pretende tirar o foco de atenção do delito, transferindo-o para a solução dos conflitos dele decorrentes. Trata-se, contudo, de um processo voluntário. A voluntariedade não significa que os operadores da justiça restaurativa devam fazer um trabalho voluntário. Significa que as partes afetadas pelo conflito devem voluntariamente optar pela justiça restaurativa como meio para sua resolução, diferentemente do processo tradicional, pois, caso as pessoas não queiram optar pelo modelo restaurativo, o Estado não pode intimá-las a utilizar essa via.

O fato de ser caracterizado como relativamente informal alude à forma como acontecem os procedimentos. As partes são consultadas se desejam participar, e a solução tida como justa é obtida através do diálogo entre elas, nos chamados círculos restaurativos, câmaras restaurativas, ou mesmo encontros restaurativos.

Não há uma “forma correta” de implantar ou desenvolver a justiça restaurativa (...). A essência da justiça restaurativa não é a escolha de uma determinada forma sobre a outra; é, antes disso, a adoção de

qualquer forma que reflita seus valores restaurativos e almeje atingir os processos, os resultados e os objetivos restaurativos. (MORRIS, 2006, p. 442 e 443)

A intervenção de mediadores (também chamados de facilitadores ou, ainda, para alguns, conciliadores) marca a viabilidade do procedimento restaurativo. O papel da mediação é o de garantir que as partes dialoguem de modo a construir conjuntamente um acordo justo para ambos os lados. Ocorre que o diálogo entre as pessoas afetadas se torna muito delicado em decorrência dos impactos causados pelo conflito. Por isso, a mediação irá primar para que esse diálogo não seja mais uma forma de conflito, mas, sim, um meio para a reparação dos danos e restauração das relações sociais.

E, por último, o resultado restaurativo diz respeito aos encaminhamentos advindos desse encontro entre as partes. O termo “resultado restaurativo” é mais amplo que acordo restaurativo, sendo que este corresponde ao que foi decidido entre as partes para a reparação dos danos decorrentes do conflito, e aquele insinua também o cumprimento desse acordo e a efetiva restauração das partes.

2.1 A Justiça Restaurativa e o sistema penal

Para Toews e Zehr (2006), o processo penal parte do pressuposto de que a justiça é uma experiência passível de generalização – vale dizer – de que as experiências e resultados podem ser classificados em categorias pré-estabelecidas. Essa informação é utilizada para determinar o sentido da ação criminosa, e, dessa forma, a acusação que será feita. Condiciona, igualmente, a natureza e o grau da punição que deve ser aplicada ao indivíduo como resultado do delito. O conhecimento do real sentido e impacto do delito, bem como das necessidades da vítima e do infrator, não são informações necessárias para chegar-se a uma conclusão.

Cada vítima percebe o crime de forma distinta. As suas necessidades estão baseadas nessas experiências. Do mesmo modo, cada infrator tem uma visão distinta do crime que cometeu. Cada um possui uma necessidade e um processo particular de transformação pessoal. (TOEWS; ZEHR, 2006, p. 424).

O objetivo do processo restaurativo é um resultado que seja satisfatório para a vítima, o infrator e para as demais pessoas afetadas pelo crime: fortalece aqueles que são tipicamente silenciados no processo judicial;

aponta para a capacidade de as pessoas resolverem os seus próprios problemas, evidenciando a importância do diálogo; e (re)cria vínculos e relações entre pessoas normalmente vistas como sendo inimigas.

A Justiça Restaurativa não busca negar o ato-delito, mas, sim, a responsabilização ativa de seu sujeito. Sobre essa distinção quanto à responsabilidade, explica Braithwaite que

A responsabilidade ativa distingue-se da passiva, que é a norma do processo penal convencional. A responsabilidade passiva significa culpar alguém por algo que fez no passado. A responsabilidade ativa significa responsabilizar-se por fazer as coisas direito no futuro. (BRAITHWAITE, 2006, p. 379).

A resolutividade por mediação vítima/ofensor está geralmente ligada aos seguintes fatores, dentre outros: a gravidade do ato infracional ou crime (por exemplo, crimes de menor potencial ofensivo ou sujeitos à suspensão condicional do processo) e a individualização da(s) vítima(s).

Não há a pretensão de se extinguir o modelo tradicional de justiça criminal, mas tão somente implementar práticas que o melhorem e possibilitem uma resolução mais efetiva do conflito, tanto para a sociedade quanto para os envolvidos no processo. Nesse sentido:

[...] cumpre destacar ainda que a Justiça Restaurativa, com seu principal instrumento – a mediação restaurativa – não visa a substituir o tradicional modelo penal retributivo. Trata-se de iniciativa voltada a complementar o ordenamento processual penal para, em circunstâncias específicas, proporcionar resultados mais eficientes da perspectiva dos jurisdicionados. (AZEVEDO, 2006, p. 140).

Conforme a Lei n.º 9.099/95, seriam consideradas infrações de menor potencial ofensivo os crimes e contravenções com pena cominada em até dois anos, com ações julgadas e processadas pelos Juizados Especiais Criminais, cuja competência foi ampliada pela Lei n.º 11.313/06. Dispõe esta última que

Art. 1ª Os arts. 60 e 61 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a

execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência".(NR)

"Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".(NR)

Sendo assim, as contravenções penais são aquelas em que o crime não possui pena superior a dois anos. Percebe-se também a previsão legal vista acima para a realização de conciliação, sendo incentivada sua prática pelos juízes dos juizados especiais criminais.

3 Dos crimes contra a honra

A legislação penal brasileira tipifica três crimes contra a honra: injúria, difamação e calúnia, dispostos aqui em ordem crescente de severidade, considerando o grau de afetação à honra e a pena cumulada de cada tipo. A calúnia é prevista como duas figuras típicas, a do *caput*, atribuir falsamente, e o do parágrafo primeiro, tornar público. Observe-se:

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Admite apenas modalidade dolosa e consiste na imputação de fato definido com crime a alguém, requerendo ainda que tal imputação seja falsa. A calúnia admite, em regra, a exceção da verdade, oportunidade processual de provar a veracidade das imputações lançadas contra a vítima, não a admitindo quando o caluniado for Presidente da República ou Chefe de Governo estrangeiro, quando a pessoa caluniada já tiver sido absolvida por sentença absolutória irrecorrível por aquela acusação ou quando o crime acusado é de ação penal privada e não há sentença condenatória irrecorrível ainda.

A calúnia diferencia-se da difamação, pois nesta a atribuição é de fato ou prática desabonadora, desonrosa, pouco importando a verdade ou falsidade do conteúdo da declaração. Imputar contravenção penal constitui

crime de difamação e não de calúnia, visto que crime e contravenção penal constituem infrações penais, e o artigo 138 se refere apenas a “crime”.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

A exceção da verdade é incompatível, em regra, com a difamação, pois a veracidade não é importante para o tipo penal. Hipótese de exceção é quando ela é lançada contra funcionário público e em razão das suas funções, pois existe o interesse estatal em conhecer a veracidade.

A injúria não admite retratação. Nela ocorre a manifestação com intuito doloso de ofender a dignidade, decoro de alguém, dando atributo negativo, sem fato objetivo para lastrear. O crime do art. 140 não necessita da imputação de fato. É, igualmente, completamente incompatível com a exceção da verdade, pois consiste em uma humilhação, ofensa e, quanto a isso, não há verdade nem mentira. Atribui-se uma qualidade ou atributo a alguém.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Consoante os incisos I e II do art.140, Fernando Capez (2008, p.280-281) assevera que, na hipótese de retorsão imediata consistente em outra injúria, o retruque, que deve ser imediato, assim como a provocação, constitui em causas extintivas da punibilidade.

Exclusão do crime

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

E, “nas duas hipóteses acima elencadas, há a configuração do crime de injúria, mas o juiz, ao constatar as circunstâncias legais, deixa de aplicar a pena”. Nesses dois casos, a Justiça Restaurativa pode oferecer às partes meios de lidar com essas divergências, conscientizando-as sobre as consequências dos seus atos, não apenas em relação ao outro, mas em relação a toda a sociedade.

3.1 O bem jurídico tutelado

Nesse tipo de crime, a proteção jurídico-penal recai sobre um bem imaterial, a honra, cujo valor é “insuscetível de apreciação, valoração ou mensuração de qualquer natureza, [sendo] inerente à própria dignidade e personalidade humanas” (BITENCOURT, 2012, p. 318-319). Como assevera Fernando Capez (2008, p.246), a Constituição oferece proteção penal ao patrimônio moral da pessoa humana, no qual está inserida a honra:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Parte da doutrina classifica a honra em honra subjetiva e objetiva. Alguns chegam a subdividi-la ainda mais; por outro lado, autores, como Cezar Roberto Bitencourt, Heleno Cláudio Fragoso e Nelson Hungria, consideram essa separação artificial, sendo possível depreender, por exem-

plo, que, no caso da injúria, seria atingida, sobretudo, a honra subjetiva, mas não apenas ela.

Na calúnia e na difamação, a honra objetiva poderia ser atingida com mais força, mas tal impacto definitivamente ecoaria na honra subjetiva. “A tutela constitucional à honra tem como pressuposto a reputação, o comportamento zeloso e o cumprimento de deveres socialmente úteis pelas pessoas físicas e jurídicas decentes” (BULOS, 2011, p.554).

Tradicionalmente, a honra objetiva se refere ao

[...] sentimento que o grupo social tem a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de alguém. É o que os outros pensam a respeito do sujeito. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva. Ambas se consomem, portanto, quando terceira pessoa toma conhecimento da ofensa proferida. (GONÇALVES, 2009, p. 105)

Por sua vez a honra subjetiva é

[...] o sentimento que cada um tem a respeito de seus próprios atributos. É o juízo que se faz de si mesmo, o seu amor-próprio, sua autoestima. [...] A injúria atinge a honra subjetiva e, assim, se consuma quando a própria vítima toma conhecimento da ofensa que lhe foi feita. (GONÇALVES, 2009, p.105)

Como podemos observar, a distinção clássica entre honra objetiva e subjetiva tem importância na identificação do momento consumativo do crime, visto que, no caso da injúria, “o delito se consuma quando a vítima toma ciência da ofensa irrogada pelo sujeito ativo, sendo que essa ofensa pode ser executada de vários meios (escritas, imagens, oral, sinais...), cabendo também a tentativa na mesma modalidade que os outros delitos contra a honra.” (LOPES, 2011, p.23)

Enquanto o momento consumativo, na calúnia,

[...] por ser um delito que tem vários meios de execução (delito de forma livre), admite-se a forma tentada nos casos em que é praticada de forma escrita. Por exemplo, o agente escreve uma carta que contém a imputação falsa de fato criminoso contra o sujeito passivo, e esta carta é interceptada pelo próprio sujeito passivo antes que um terceiro tome conhecimento de seu conteúdo. Deve ser interceptada pelo sujeito passivo, pois, se um terceiro chegar a tomar conhecimento da informação, já estará consumado o crime. (LOPES, 2011, p.19)

Diante do exposto, percebemos que a diferenciação, apesar de artificial, tem sua relevância principalmente quando da determinação da modalidade do delito, se consumada ou tentada. Podemos então, de forma mais ampla, corroborar o dito por Cezar Roberto Bitencourt que, nos crimes contra a honra, “o bem jurídico protegido é a pretensão ao respeito da própria personalidade.” (2012, p.319)

Sendo a honra um sentimento que se tem de si ou uma imagem que os outros têm da pessoa, ao tê-la ferida ou maculada, a vítima se vê violentada na sua intimidade.

E a justiça restaurativa aparece nesses momentos como um meio de reaproximar agressor, especialmente em casos nos quais as partes já têm uma relação estabelecida.

Tristeza, equívocos, desavenças conjugais, rompimento de namoro ou de noivado, falecimento, crises financeiras não servem de pano de fundo para a veiculação de notícias maldosas. Embora a Carta de 1988 permita o acesso à informação (art.5º, XIV), isso não significa que possam ser divulgadas fotos, imagens, documentários injuriosos, insinuações capciosas ou mentirosas, que enxundiam a dignidade humana (art. 1º, III) ferem o sentimento alheio. (BULOS, 2011, p.553)

Para Fernando Capez (2008, p.248), a calúnia, a injúria e a difamação são tidos como crimes formais, agindo o agente com dolo de dano, no intuito de ferir a honra alheia, “contudo, para se ter o crime como consumado, prescinde-se da ocorrência do resultado, ou seja, que o agente cause dano à reputação do ofendido.”

4 A retratação

A retratação consiste em desdizer o que foi dito, retificar. É admitida apenas nos casos de calúnia e difamação, não exigindo aceitação do ofendido, e consiste em causa objetiva de extinção da punibilidade. “*Retratar* significa retirar o que disse, reconsiderar o que foi afirmado anteriormente” (CAPEZ, 2008, p.298).

No entanto, não significa negar o que foi dito, procura visitar aquelas palavras, admitindo sua falsidade, no caso da calúnia, ou positivando seu conteúdo, no caso da difamação. Nesse sentido, é definida por Acquaviva como

Causa extintiva da punibilidade admitida quando o querelado, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, ficando isento de pena. *Retratar-se* não é confessar o crime, mas *desdizer-se, admitir o erro* de forma inequívoca, sem evasivas, enfim, *cabalmente*, como quer a lei (CP, art.143). (ACQUAVIVA, 2004, p.1211)

O ato de positivar o que foi dito é um dos princípios da mediação e consiste em parafrasear as falas de modo a ressaltar apenas os pontos positivos levantados. Utilizando-se dessa técnica, conjuntamente com a inversão de papéis, isto é, colocar as partes uma no lugar da outra, a retratação, a renúncia do direito de queixa ou o perdão do ofendido poderiam ser alcançadas mais facilmente através da Justiça Restaurativa, podendo trazer maiores benefícios para as partes e para a sociedade como um todo, comparado ao que se teria caso fosse seguido o rito penal propriamente dito.

Trata-se de causa extintiva da punibilidade, isto é, mesmo o ato sendo tipificado como crime, não há punição haja vista a ocorrência de um motivo extintivo da mesma. Essas causas estão previstas no Código Penal, e são

Extinção da punibilidade

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite.

Na retratação, é preciso apenas que o juiz diga que ela é suficiente, tendo o autor da ofensa até a sentença para se retratar, conforme dispõe o código:

Retratação

Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

Art. 144 - Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.

Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código¹.

1 *Disposições comuns* Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro; II - contra funcionário público, em razão de suas funções; III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria. IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

A retratação deve ser voluntária, como um pedido de desculpas, e representar a manifestação da verdade após a consumação do delito, ocorrendo tal preocupação com a verdade do interesse superior contido no Princípio da Busca Real da Verdade contido no art. 156 do CPP (LOPES, 2011, p.13).

Sendo desnecessária a concordância do ofendido – dado que a retratação cabe apenas à calúnia e difamação, atingindo, tradicionalmente, a honra objetiva² – e como é a reputação, a visão que os outros têm do indivíduo que é maculada, pareceria lógico que, se a reparação atingisse satisfatoriamente aqueles que foram contaminados com a prática do crime, não poderia a vítima se opor ou impedir a extinção da punibilidade do ofensor.

4 Mediação, conciliação e círculos restaurativos como práticas aptas a promover a retratação

Face à necessidade de se encontrarem meios de resolução de conflitos que promovam o acesso à justiça de forma humanizada e, por consequência, práticas alternativas que ajudem a desafogar o Poder Judiciário, têm-se implementado métodos que possibilitem às partes solucionarem seus conflitos de maneira consensual, em que ambas saiam satisfeitas com a resolução alcançada.

A mediação, conciliação e os círculos restaurativos se mostram como alternativas de resolução de conflitos mais participativas, possibilitando soluções alcançadas pelos próprios interessados, implantada nos Tribunais de Justiça de modo a cumprir o disposto na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

A diferenciação entre mediação e conciliação faz-se pelos procedimentos que são utilizados na prática de cada uma. Na mediação, o mediador age apenas auxiliando os mediados na escolha que eles devem fazer; apenas questiona e faz perguntas circulares sobre a solução que escolheram para o conflito em questão.

Já na conciliação, o procedimento é mais “institucionalizado”, visto que já existe toda uma estrutura e maior amplitude legislativa para esse tipo alternativo de resolução de conflitos, conforme já mencionado quando colacionada a previsão do Código Penal para a realização dessa prática.

Também se pode falar sobre a diferença do terceiro imparcial que atua em cada um dos meios, onde, na mediação, o terceiro não sugestionaria

² A honra objetiva é primordialmente atingida, não sendo, contudo, a ofensa restrita a ela. Por conseguinte, também é afetada a honra subjetiva.

soluções; apenas mediará à discussão das partes, fazendo com que as partes cheguem a uma solução consensual; e, na conciliação, este terceiro não é completamente imparcial, já que pode dar sugestões às partes, que não estão necessariamente obrigadas a aceitar.

A mediação é uma espécie da Justiça Restaurativa, e entende-se que ela é mais ampla do que a própria conciliação, já que, por exemplo, quando da tentativa de solução do problema em questão, o mediador age fazendo perguntas circulares, mas, na conciliação, o conciliador atua mais diretamente no conflito, visto que pode dar sugestões de como o conflito pode vir a ser solucionado. Como salienta Warat (2004, p. 60), justificando a mediação:

[...] A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem a relação conflituosa.

O círculo restaurativo, por outro lado, é uma prática realizada mais comumente em comunidades, em que é proporcionado um encontro entre as pessoas diretamente envolvidas em uma situação de violência ou conflito, seus familiares, seus amigos e a comunidade. Esse encontro é orientado por um coordenador, que possui formação apta a fornecer um ambiente em que as pessoas se sintam seguras e protegidas para partilhar sobre o problema que as acometeu e tentar construir soluções para o futuro.

Esses mecanismos, ao colocar frente a frente ofensor e ofendido, possibilitam a retratação e, assim, o fim ou sequer o início de um processo judicial.

Ao dispor sobre os mesmos, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro dá lugar ao Sistema de Múltiplas Portas, isto é, permite que essas técnicas sejam utilizadas como aliadas ao sistema tradicional de jurisdição estatal. De acordo com o artigo 125, IV do NCPC, o juiz pode tentar a conciliação a qualquer tempo e em qualquer fase processual, demonstrando a ampliação da aplicabilidade desse instituto ao processo.

O Sistema de Múltiplas Portas foi idealizado nos Estados Unidos, tendo sido então denominado de *Multi-door Courthouse System*. Apresenta, assim, uma proposta de trazer ao Judiciário americano múltiplos mecanismos

de resolução de conflitos, que poderiam ser utilizados durante o processo ou como prevenção à judicialização do conflito, isto é, antes mesmo do ajuizamento da ação.

Sendo assim, essas práticas têm muito a contribuir também para o sistema processual penal, com o fim de evitar o ajuizamento de demandas que envolvam situações de menor complexidade ou, nos termos da legislação penal, contravenções penais, assim como pôr fim aos procedimentos já iniciados, objetivando uma resolução que efetivamente restaure as relações envolvidas e seja benéfica tanto às partes quanto à sociedade.

Considerações Finais

A Justiça Restaurativa propõe-se a disseminar a cultura de pacificação social, solucionando os conflitos de forma individualizada e a reparar o dano causado à vítima com vistas a conscientizar o seu agressor acerca das consequências de seus atos. Busca evidenciar os sujeitos do crime, a vítima e o ofensor, para dirimirem os danos decorrentes da infração penal.

Partindo do pressuposto de que o bem jurídico tutelado pelos crimes contra a honra consiste em um bem imaterial – a própria honra da vítima –, o processo penal pode levar a maiores danos emocionais, caso não ofereça ao ofendido o conforto buscado com a ação penal.

A calúnia e a difamação, opostamente à injúria, possuindo a retratação como meio de extinção da punibilidade do agente, seria uma forma mais adequada de sanar a avaria causada à honra individual, mas a escusa da aceitação da retratação pelo ofendido demonstra um afastamento, imposto pelo Estado, entre a vítima e o agressor, espaço que a Justiça Restaurativa se dispõe a preencher.

O modelo tradicional de justiça coloca a vítima como o polo mais hipossuficiente da relação, negligenciado. Propomos a Justiça Restaurativa como um meio de empoderar essa parte que foi invisibilizada pelo Estado, visando a reestabelecer a confiança da vítima da sociedade e no aparato punitivo-ressocializador estatal.

Os sujeitos devem estar no centro dessas metodologias que pretendem superar os conflitos através do diálogo, representando bem mais do que a possibilidade de contribuir com a diminuição da sobrecarga de processos do Poder Judiciário. Entendemos que o estímulo ao diálogo pode ser um caminho possível para que as pessoas percebam que os conflitos,

aparentemente interpessoais, têm uma ligação com o coletivo, e que tal percepção pode fazer com que elas busquem se mobilizar para o enfrentamento coletivo dessas questões.

[...] há uma conclusão final, que me parece a mais importante: para que a justiça restaurativa e a mediação não sejam meros paliativos para a crise do sistema de justiça, nem entendidas apenas como instrumentos de alívio dos tribunais, de extensão da burocracia judiciária ou de indulgência, devem ser implementadas sobre dois fundamentos bastante claros:

(i) ampliação dos espaços democráticos e (ii) construção de novas modalidades de regulação social. Sem isso, acredito, em poucos anos o “novo modelo” padecerá dos mesmos defeitos apresentados pelo “velho”. (SICA, 2006, p. 475)

Através da Justiça Restaurativa, intenta-se aproximar as partes, procurando dirimir os conflitos que levaram ao cometimento do crime e, assim, oferecer mais chances de apaziguamento dos ânimos das partes e desestimular a reincidência do ofensor ao ajudá-lo a compreender as consequências das suas ações na vida da vítima. Os círculos restaurativos se mostram como uma excelente solução para tais crimes, e apresentam resultados que demonstram uma mudança de paradigmas na atual cultura penalizante do Estado.

Referências

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário brasileiro acquaviva*. 12. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Brasileira, 2004.
- AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. G. (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2, dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRAITHWAITE, John. Entre a proporcionalidade e a impunidade: confrontação, verdade, prevenção. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; OTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília/DF: Ministério da Justiça, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial, dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVEZ, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção sinopses jurídicas; v.8)
- LOPES, Gabriel Perozi. *A Retratação no direito penal* [Monografia]. Presidente Prudente: Faculdades Integradas “Antônio Eufrasio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente; 2011. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2824/2603>>. Acesso em: 20 out. 2016.
- SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

TOEWS, Barb; ZEHR, Howard. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. In: WARAT, Luis Alberto et al. (org.). *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

CUSTÓDIA E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

Márcio Gondim do Nascimento

Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

Resumo

O presente artigo, em primeiro instante, trata da previsão da audiência de custódia no sistema normativo pátrio, traçando sua origem desde os tratados internacionais até o advento da Resolução n.º. 213 do CNJ, com abordagem pragmática das prisões submetidas ao crivo do juízo de custódia e possíveis medidas a serem implementadas. No segundo momento, investiga a inovação normativa do acordo de não persecução penal por intermédio da Resolução n.º. 181 do CNMP, com cotejo aos institutos análogos, bem como sobre sua constitucionalidade e, por fim, a possibilidade da avença ser realizada em sede de audiência de custódia.

Palavras-chave: Audiências de custódia. Resolução n.213 do CNJ. Acordo de não persecução penal. Resolução n.181 do CNMP.

Abstract

At first, this article is about the custody hearing forecast in the statutory system, starting with the international treaties until the advent of the Resolution n. 213/CNJ (National Council of Justice), with a pragmatic approach of the prisons under the review of the custody judgment and possible measures to be implemented. Posteriorly, this article investigates the normative innovation of the non-prosecution agreement, compared to similar institutes, as well as on its constitutionality and, ultimately, the possibility to implement the agreement during the custody hearing.

Keywords: Custody. Resolution n.213/CNJ. Non-prosecution agreement. Resolution n.181/CNMP.

1 Previsão

A apresentação do preso à autoridade judicial data de 1941, quando o Código de Processo Penal, no título III, Livro III, Capítulo X, ao tratar da previsão e julgamento da ação autônoma de impugnação do *habeas corpus*, asseverou: “o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado”, no entanto, a referenciada apresentação tem cunho facultativo e, destarte, a tradição de análise formal e documental do Direito fez com que este

dispositivo não se concretizasse de forma efetiva na realidade da persecução penal brasileira.

No sistema internacional de Direitos Humanos, a apresentação do preso à autoridade judicante se deu em 1966 com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), quando, em seu Artigo 9º, item 3, afirmava a necessidade de apresentação, sem demora, da pessoa presa à autoridade judicial ou de quem exercesse tais funções. De igual modo, o sistema regional de Direitos Humanos trouxe idêntica previsão, ainda no final da década de sessenta do século passado, quando, em 1969, na Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto San José da Costa Rica, replicou em seu Artigo 7º conteúdo semelhante ao sistema internacional.

Destaque-se, entretanto, que tais tratados orbitaram no direito internacional por mais de duas décadas sem incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, o que aconteceu somente no início da década de 1990, por intermédio dos decretos presidenciais nºs. 592 e 678, de 1992, os quais incorporaram ao sistema normativo doméstico o PIDCP e CADH, respectivamente.

No entanto, mais uma vez, apesar da atual e predominante tese de que esses tratados têm cunho de supralegalidade¹, ou seja, acima da lei ordinária e abaixo da Constituição Federal, não se teve notícia prática, pelo menos até o final do século passado, da ocorrência de audiências de apresentação dos presos no âmbito nacional, o que ensejou o ajuizamento da arguição por descumprimento de preceito fundamental nº. 347, julgada em setembro 2015², que, dentre outros temas ali debatidos, patenteou-se o estado de coisas inconstitucional e estabeleceu-se a obrigatoriedade de os juízes brasileiros realizarem a audiência de custódia no prazo de 24 horas a contar da prisão.

¹RECURSO Extraordinário 349.703-1 RS. Relator: Min. Carlos Britto. Data de Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²“AUDIENCIA de custódia – OBSERVANCIA OBRIGATORIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os Artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

Por conseguinte, após o julgamento da precitada arguição por descumprimento de preceito fundamental, o Conselho Nacional de Justiça, em 15.12.2015, editou a Resolução nº. 213, a qual disciplinou amiúde a audiência de Custódia no âmbito nacional.

O Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o tema da audiência de custódia, mesmo antes da edição da Resolução do CNJ, por meio da ADI nº. 5240³, que questionara o Provimento Conjunto nº. 3/2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), decidindo-se, em 20.08.2015, pela improcedência da ação manejada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol-Brasil), pois a resolução tinha amparo em convenção internacional, já incorporada ao sistema nacional, e, unicamente, as disposições administrativas impugnadas situavam-se dentro dos limites da sua autogestão daquele tribunal, ou seja, a audiência de custódia, a partir dos Decretos nºs. 592 e 678 integram o sistema normativo brasileiro.

Frise-se, mais uma vez, que a Corte Superior fora instada, desta feita pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages), por meio da ADI nº. 5448, com argumento que o precitado Conselho estaria usurpando a competência da União para legislar sobre direito processual quando da edição da Resolução nº. 213, contudo a ação fora julgada em 1º.03.2017, decidindo que a entidade autora não teria legitimidade para o ajuizamento daquela ação por ausência de cunho nacional, permanecendo, portanto, a obrigatoriedade da audiência de Custódia no cenário jurídico brasileiro, isto é, quase cinquenta anos após o primeiro ato normativo prescrever a apresentação do preso à autoridade judicial ou de quem lhe fizesse as vezes.

Feito esse esboço histórico, vê-se que a audiência de custódia tem espeque normativo, tanto em tratados internacionais, bem como no sistema normativo doméstico, todavia, em muitos Estados a multicitada audiência de apresentação não é cumprida na forma e prazo legalmente previstos.

³EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu Artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus Artigos 647 e seguintes. (...). 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. (ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

2 Espécies de prisões apresentadas na audiência de custódia

A audiência de custódia serve para apresentação de toda e qualquer pessoa, sem demora, ao juiz ou que exerça tal papel, no entanto resta saber qual ou quais espécies de prisão se destina(m) à audiência de custódia.

O Art. 1º da Resolução n.º. 213/15 do CNJ prevê a apresentação da pessoa presa em corolário de flagrante delito, observar:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Todavia, o mesmo veículo normativo afirma que, além da prisão em flagrante, a prisão por mandado também se submeterá ao regime de apresentação ao Juízo de Custódia, “*verbatim*”:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial, no prazo de 24 horas, também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Assim, submetem-se ao juízo de custódia:

- a) prisões em flagrante (Art. 302 do CPP);
- b) prisões processuais decorrentes de mandado de prisão (temporária, preventiva e condenação em segundo grau ou prisão definitiva).

3 Prazo para apresentação do custodiado

A Resolução prevê que a apresentação ocorra no prazo de 24 horas da efetivação da constrição, independente da modalidade de prisão. Notar:

Resolução n.º 213 de 15/12/2015

Ementa: Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Entretanto, cabe gizar que, apesar da precitada previsão, a violação a tal prazo não tem ensejado qualquer consequência processual, mormente pelo fundamento ausência suficiente de membros do Judiciário e do Ministério Público em todas as Comarcas do País, ou seja, a previsão de apresentação em 24 horas não passa de previsão, em alguns locais do país, ficando mais uma vez evidenciado o brocardo “lei para inglês ver”, pois não é cumprida na íntegra.

4 Ritualística

A Resolução estabelece a forma de apresentação do custodiado, que será apresentado para entrevista e não para interrogatório, devendo o magistrado presidir o ato, com a presença do representante do Ministério Público e da defesa, seja privada ou pública e, ao fim, decidir sobre a manutenção da prisão ou soltura do entrevistado.

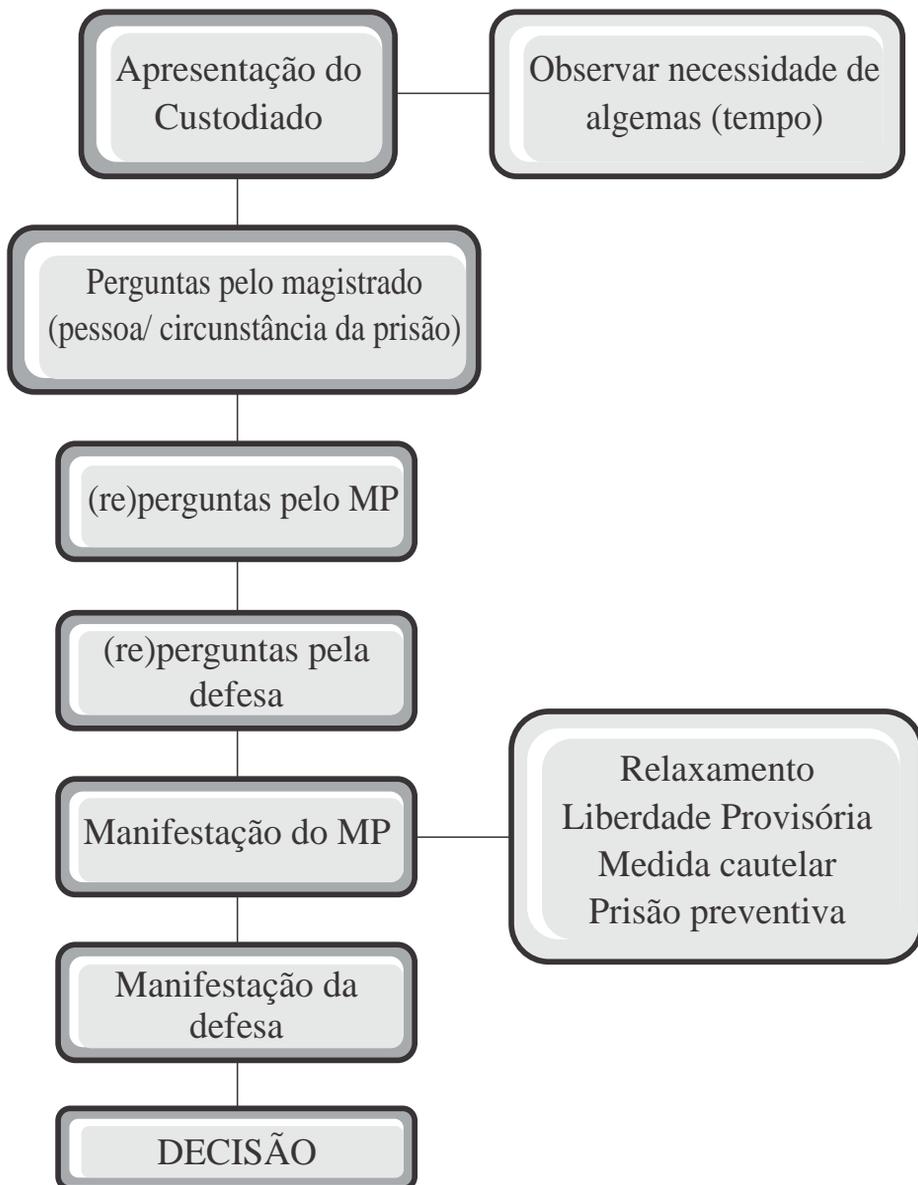
Com a apresentação do custodiado, o juiz deverá aferir a necessidade do uso de algemas durante o ato, isso por disposição da própria Resolução (Art. 8º, II) e Súmula Vinculante nº. 11 do STF⁴, permanecendo seu uso desde que de forma justificada no termo de audiência que deverá integrar o SISTAC, de cunho nacional, sob pena de nulidade da prisão e do ato.

A entrevista consiste no levantamento de dados sobre o custodiado, bem como sobre os motivos e circunstâncias da prisão, sendo assegurado o direito constitucional de permanecer em silêncio. Vale destacar que a Resolução proibiu a realização de perguntas com finalidade de produzir prova para investigação ou ação penal (Art. 8º, VIII), contudo indagações sobre o fato permitem a delimitação típica, o que implica a repercussão sobre a manutenção da liberdade ou não, por isso, na prática, é comum a realização de perguntas sobre o fato em si.

Em seguida, Ministério Público e Defesa poderão fazer reperguntas, observando-se que, na audiência de custódia, não vigora o *cross-examination*, ou seja, as perguntas são realizadas por intermédio do juiz, mas não haverá nulidade em caso de perguntas diretas, sendo considerada mera irregularidade.

⁴“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Por derradeiro, o Ministério Público e defesa manifestar-se-ão quanto à prisão ou não do custodiado, seja pugnando pelo relaxamento, concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, e/ou medidas cautelares ou decretação de sua prisão preventiva. Ao final e, na mesma audiência, o juiz decidirá de forma fundamentada, conforme se observa do esquema:



4.1 Custódia decorrente de prisão por mandado

A amplitude cognitiva do juízo de custódia depende da espécie de prisão que lhe é apresentada, pois, em caso de prisão decorrente de ordem de prisão, a análise será tão somente quanto à existência formal do mandado de prisão, bem como sobre violação dos direitos fundamentais do preso, seja por maus tratos ou tortura, sem qualquer possibilidade de decisão quanto aos motivos da prisão.

A eventual soltura do preso somente será possível se a pessoa apresentada não corresponda ao mandado inserto no Banco Nacional de Mandados de Prisão – BNMP (<http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/pesquisar>), observando-se que, desde 2011, os mandados de prisão devem constar do citado banco, por disposição expressa do Art. 289-A do CPP⁵.

Para aferir a identidade do custodiado, o juízo de custódia deverá se valer de sistemas próprios de dados para aferir a identidade do preso, a exemplo de *infoseg* e *siel*, pois, não raro, presos se apresentam sem documentação a fim de afastar conhecimento de suas verdadeiras identidades.

Caso se verifique que, durante a entrevista, bem como pelas pesquisas realizadas, que o custodiado não corresponda à pessoa do mandado, o Ministério Público ou defesa poderão requerer o relaxamento da prisão por ilegalidade, todavia, em caso de coincidência do custodiado com os dados da ordem de prisão, somente haverá pedido de cumprimento da ordem com comunicação ao juízo responsável pela expedição do mandado, sem possibilidade de juízo de cognição exauriente da prisão.

4.2 Prisão decorrente de flagrante e aspectos práticos

No caso de prisão decorrente de estado de flagrância (Art. 302 do CPP⁶), a autoridade judicial terá total amplitude cognitiva quanto à decisão

⁵Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. (Incluído pela Lei nº. 12.403, de 2011).

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

⁶Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

a ser tomada, nos termos do Art. 310 do CPP⁷ e Arts. 8º e 9º da Resolução CNJ 213 de 2015, podendo

- a) relaxar a prisão, se entender ilegal (Art. 5º, LXV da CF⁸);
- a) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança;
- b) aplicar medidas cautelares diversas da prisão (Art. 319 do CPP);
- c) converter o flagrante em prisão preventiva, se presentes as hipóteses do Art. 312 do CPP (Art. 310, II do CPP).

Cabe observar e ressaltar dúvidas práticas recorrentes em audiências de custódia decorrentes de prisões em flagrante, a saber,

- ➔ *Indício de insanidade mental* – caso se observe que o custodiado padece de enfermidade mental, poderá ser requerida a instauração do incidente de insanidade mental, nos termos do Art. 149 do CPP⁹, vedando-se e encaminhamento compulsório às redes de tratamento psicossocial;
- ➔ *Ausência de documentos do custodiado* – o Art. 313, parágrafo único do CPP¹⁰, informa que será permitida a prisão preventiva quando houver dúvida na documentação do preso, desse modo o preso que se apresenta sem documentação ou apenas com documentação sem foto, faz surgir à hipótese do citado dispositivo sendo possível sua prisão preventiva;
- ➔ *Conversão da prisão e patamar da pena inferior a 4 (quatro) anos* – no caso da custódia decorrente de flagrante, poderá ocorrer a conversão da prisão em flagrante para preventiva independentemente da pena imposta, pois o Art. 310, II do CPP faz referência apenas à fundamentação do Art. 312, sem mencionar o Art. 313 (que trata do patamar mínimo de 4 (quatro) anos, desse modo, poderá ser decretada a prisão preventiva de crimes cuja pena máxima seja inferior a 4 (quatro) anos, quando o custodiado preencher o Art. 312 do CPP;

⁷Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente,

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do Art. 312 deste Código, e revelarem-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

⁸Art. 5º (*omissis*) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

⁹Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. § 1º - O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

¹⁰Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

- *Indícios de tortura ou maus tratos* – por dicção do Art. 11 da Resolução em referência, havendo notícia de tortura o órgão de execução do Ministério Público velará pelo controle externo da atividade policial, inclusive com determinação de investigação ou oferecimento de ação penal, caso já existam elementos suficientes.

5 Acordo de não persecução

5.1 Origem

A primeira previsão do acordo de não persecução pelo órgão responsável pela acusação penal foi introduzida no sistema normativo pátrio pela Lei nº. 9.099, de 1995, que anunciou a possibilidade de acordo entre o Ministério Público e o autor do fato, por intermédio do instituto da transação penal. **Perceber:**

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

[...]

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

[...]

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste Artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Desse modo, o acordo entre o titular do direito de ação e autor do fato está inserto em nosso ordenamento desde meados da década de noventa do século passado, no entanto seu espectro de aplicabilidade cinge-se às infrações penais cuja pena máxima seja igual ou inferior a dois anos de pena privativa de liberdade ou multa.

Sobre o tema, a doutrina chegou a cunhar o termo “obrigatoriedade mitigada”, quando tratava da obrigatoriedade do Ministério Público em propor a ação penal, pois, em crimes abrangidos pela citada norma, o órgão de acusação não estaria obrigado a oferecer a ação penal em corolário do acordo posto na transação penal. Perceber:

Com base na justiça consensual dos crimes de menor potencial ofensivo, há forte posição de que vigora, no sistema processual brasileiro, o princípio da obrigatoriedade mitigada ou discricionariada de regrada, uma vez que a própria Lei permite situações em que, embora a conduta seja típica, parte determinada e punibilidade concreta, a ação penal não seja proposta¹¹.

Com efeito, a publicação da Resolução n.º. 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, fez surgir no sistema normativo a possibilidade do acordo de não persecução penal, com maior parâmetro objetivo de aplicação pelos órgãos de execução do Ministério Público.

O instituto de política criminal delineado pelo CNMP, assim como a transação penal da Lei 9.099, de 1995, tem nítida inspiração no modelo norte-americano *plea bargaining*. Desse modo, tem-se, por meio normativo¹² primário, a inclusão do sistema de justiça negociada em que o autor do fato, após confissão, pactua com o Ministério Público acordo com parâmetros objetivos para não persecução punitiva estatal.

5.2 Constitucionalidade do tema

A resolução n.º. 181 do CNMP, de recente publicação, já chega com questionamentos dentro do próprio *Parquet*, pois alguns Ministérios Públicos editaram recomendações pela não aplicabilidade do instituto, asseverando a inconstitucionalidade do tema por invasão da competência legislativa da União para regras processuais, a exemplo da Recomendação Conjunta PGJ e CGMP n.º. 2, de 13 de setembro de 2017, do MPMG e Recomendação Conjunta GPGJ/CGMP n.º. 1, de 14 de setembro de 2017, do MPRJ, respectivamente:

¹¹In: ABADE, Denise Neves. “*Série Carreiras Federais: processo penal*”. Ibooks.

¹²(STF-ADC 12 MC).

Recomenda aos Promotores e aos Procuradores de Justiça de Minas Gerais a abstenção da celebração de “acordos de não persecução penal”, nos termos dos Arts. 18, §1º, II, e 22, ambos da Resolução CNMP n. 181, de 7 de agosto de 2017.

Recomenda aos Promotores e aos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a abstenção da celebração de “acordos de não persecução penal”, nos termos dos Arts. 18, §1º, II, e 22, ambos da Resolução n.º. 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Na mesma senda, caminham ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) aviadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), n.ºs. 5790 e 5793, *ambas pendentes* de análise do pedido liminar sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, as quais levantam a inconstitucionalidade formal, por violação do Art. 22, I da Carta da República.

Todavia, também há argumentos pela constitucionalidade do acordo de não persecução e imediata aplicabilidade do tema, como se infere da Recomendação do MPPE, “*verbis*”:

RECOMENDAÇÃO PGJ Nº. 3, DE 20 DE SETEMBRO DE 2017.
Recomenda aos Promotores de Justiça do Estado de Pernambuco a celebração de acordos de não persecução penal, nos termos do Artigo 18, da Resolução CNMP n.º. 181, de 7 de agosto de 2017.

Dentre os argumentos favoráveis à aplicabilidade do acordo de não persecução penal, destacam-se:

- a) o instituto de política criminal é benéfico ao investigado, pois não aumenta o poder punitivo estatal, pelo contrário, dá ao investigado possibilidade de acordo para evitar a persecução penal acusatória e, por conseguinte, eventual sentença penal condenatória;
- b) as resoluções dos Conselhos Nacionais têm cunho normativo primário, como já decidiu o STF, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º. 12 MC/DF¹³;

¹³“A Resolução n.º 07/05 se dota, ainda, de *caráter normativo primário*, dado que arranca diretamente do § 4º do Art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade” (grifado).

- c) o acordo de não persecução penal não tem cunho processual (cuja competência legislativa é privativa da União – CF, Art. 22, I), uma vez que não trata da fase processual, sede do contraditório, ampla defesa e poderes para o exercício da jurisdição, mas, sim, da fase pré-processual, como já decidido noutros casos pela Corte do STF (STF - ADI 2.970)¹⁴;
- d) a Resolução propõe regulamentar e aplicar diretamente dispositivos constitucionais relacionados à atuação do Ministério Público, inserindo-se, pois, no âmbito da competência normativa do CNMP (CF, art. 130-A, § 2º e seus incisos I e II);
- e) o Supremo já reconheceu a constitucionalidade formal de atos normativos em condições muito semelhantes (v.g. STF - ADI 5104

¹⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16 DA LEI 8.185, DE 14.05.91. ARTS. 144, PAR. ÚNICO E 150, CAPUT, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ATO DE JULGAMENTO REALIZADO EM SESSÃO SECRETA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. ARTS. 5º, LX E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O impugnado art. 16 da Lei 8.185/91 encontra-se tacitamente revogado desde a edição da Lei 8.658, de 26.05.93, que estendeu a aplicação das regras previstas nos Arts. 1º a 12 da Lei 8.038/90 - dirigidas, originariamente, ao STF e ao STJ - às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais. 2. *Com o advento da Constituição Federal de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, Art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, "dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos" (CF, Art. 96, I, a).* 3. *São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição.* 4. Ante a regra fundamental insculpida no Art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional. Presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Precedente: HC 74761, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.09.97. 5. Ação direta parcialmente conhecida para declarar a inconstitucionalidade formal dos Arts. 144, par. único e 150, *caput* do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (STF - ADI: 2970 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 20.04.2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12.05.2006 PP-00004 EMENT VOL-02231-01 PP-00163 RTJ VOL-00200-01 PP-00056 RDDP n. 40, 2006, p. 155-160 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 50-60 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 452-458) (destacado).

MC)¹⁵, permitindo, por exemplo, a regulamentação, por Resolução do CNJ, de prazos e condições para a apresentação de presos à audiência de custódia (STF - ADPF 347 MC).

5.3 Sede e balizamentos para acordo de não persecução:

O acordo de não persecução, por ilação lógica, somente pode ser aviado antes da propositura da ação penal, seja no bojo do procedimento de investigação criminal do Ministério Público (PIC) ou durante a audiência de custódia (Art. 18, § 7º). Assim, segundo previsão, o acordo pode ocorrer durante a fase investigativa ou durante a apresentação do custodiado em audiência de custódia, neste último com redobrada atenção, pois a própria audiência de custódia não tem juízo exauriente sobre a conduta penal, nem, via de regra, tem por esteio procedimento investigativo findo, pois toma por base apenas o auto de prisão em flagrante, assim o acordo de não persecução deve se cercar de maiores análises por parte do membro do Ministério Público.

O citado pacto tem previsão no Capítulo VII da referenciada Resolução, com apenas o Art. 18 da Resolução CNMP n.º 181 disciplinando o tema. Em linhas gerais, para realização do acordo é premente que o crime seja praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, que o autor do fato confesse formal e detalhadamente a conduta

¹⁵Ementa: Resolução n.º 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. 1. *Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei n.º 9.504/97.* 2. *A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório.* Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução n.º 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*. (STF - ADI: 5104 DF, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/05/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

e que a repercussão financeira não seja superior a vinte salários-mínimos, além de, cumulativamente ou não, reparar o dano, renunciar ao proveito do crime, prestar serviço, não mudar de endereço sem comunicar ao Ministério Público e pagar prestação pecuniária à comunidade. Perceber:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do Art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Destaque-se, contudo, que, após a edição da multicitada Resolução em agosto de 2017, mais precisamente em novembro daquele ano, o veículo normativo fora alterado pelo CNMP em alguns itens, destacando-se a necessidade de controle judicial do acordo de não persecução, isso porque, após firmado o acordo, este deverá ser submetido ao Poder Judiciário para controle, *ex vi* do Art. 18, § 5º e 6º da norma, isto é, realizado o acordo pelo membro do Ministério Público, este deverá ser enviado ao juiz para sua análise e, em caso de discordância, aplicar-se regra semelhante ao dispositivo do Art. 28 do CPP, com remessa ao Procurador-Geral ou Câmara de Revisão. Caso concorde, devolverá os autos para implementação, ou seja, o acordo, tal qual o arquivamento do inquérito policial se tornou um ato complexo.

Assim sendo, o acordo de não persecução tem espeque normativo com balizamentos de aplicação pelos órgãos de execução do Ministério Público e, até retirada ou suspensão de sua eficácia normativa pela Corte Maior, não há que se falar em não aplicabilidade, pois a independência funcional, garantia direcionada aos membros do *Parquet*, não lhes dá a possibilidade de afastar norma cogente e de interpretação literal, mesmo reconhecendo a densidade dos argumentos quanto à inconstitucionalidade do referenciado acordo de não persecução.

6 Conclusão

Assentadas tais premissas, as inovações normativas, uma já sedimentada, mas ainda pendente de concretude e efetividade – audiência de custódia – e a outra ainda sujeita a questionamentos no Supremo Tribunal Federal – acordo de não persecução – merecem contínua e longas discussões, como é característica de toda inovação, mas outro dado comum de ambos institutos, qual seja, o evidente benefício aos investigados, já que a custódia se presta a imediato controle judicial das prisões, e o acordo visa a evitar processos criminais longos e custosos para o Estado e investigados, sendo uma opção formal acompanhada de defesa técnica, assim como é a transação penal; em suma, é um instituto em que somente há benefícios para o sistema da persecução penal.

Referências

ABADE, Denise Neves. “*Série Carreiras Federais: processo penal*”. Ibooks.

BATISTA PINTO, Ronaldo; SANCHES CUNHA, Rogério. *Processo penal doutrina e prática*. Salvador: JusPodivm, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Campus Ltda, 1992.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. *Código de processo penal (1941)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ n. 213 de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução CNMP n. 181 de 2017*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. *Decreto no 592, de 6 de julho de 1992*. Atos internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante n. 11*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal: teoria crítica e práxis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PÂNCARO AVENA, Norberto Cláudio. *Processo penal: série cursos e concursos*. 2.ed. São Paulo: Método, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

EFEITOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Vanessa Neves Dias
Acadêmica de Direito

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar os efeitos da implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro, nas perspectivas do impacto econômico, do controle das prisões provisórias e da verificação das vantagens e das desvantagens do instituto no âmbito brasileiro. Analisam-se, assim, os fundamentos e objetivos da audiência de custódia, o direito comparado do instituto em outros ordenamentos jurídicos, a dinâmica procedimental, os benefícios e as críticas ao projeto do Conselho Nacional de Justiça no presente cenário legal em que se inserem as prisões provisórias. Para esse fim, parte-se da análise de dados estatísticos estatais acerca das prisões provisórias a fim de explanar como se realizam as audiências de custódia no processo penal pátrio. A metodologia empregada foi pesquisa bibliográfica e análise da jurisprudência, dentre elas a da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Outrossim, tomou-se por base dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Utiliza-se modelo exploratório e qualitativo como forma de abordagem e revisão de literatura pertinente à temática proposta. Ademais, avalia-se o instituto a partir de investigação doutrinária e jurisprudencial, demonstrando, por conseguinte, os principais efeitos da audiência de custódia no ordenamento brasileiro.

Palavras chave: Audiência de custódia. Prisões provisórias. Tratado internacional de direitos humanos. Controle de convencionalidade. Direitos fundamentais.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the effects of the implantation of the custody hearing in the Brazilian criminal process, the prospects of economic impact, the control of the provisional prisons and the verification of the advantages and disadvantages of the institute in the Brazilian scope. The basis and objectives of the custody hearing, the comparative law of the institute in other legal systems, the procedural dynamics, the benefits and the criticisms of the National Council of Justice's project in the present legal scenario are analyzed. prisons. To this end, it is based on the analysis of state statistical data on provisional prisons in order to

explain how custody hearings are held in the country's criminal proceedings. The methodology used was bibliographic research and analysis of jurisprudence, among them that of the Inter-American Court of Human Rights. Likewise, data collected by the National Council of Justice were taken as a basis. An exploratory and qualitative model is used as a way of approach and literature review pertinent to the proposed theme. In addition, the institute is evaluated based on doctrinal and jurisprudential research, thus demonstrating the main effects of the custody hearing in the Brazilian legal system.

Keywords: Custody hearing. Temporary arrests. Economic impact. Judicial control of prisons.

1 Introdução

O presente artigo tem a seguinte temática: “Efeitos da implementação da audiência de custódia no sistema de processo penal brasileiro”. Com isso, analisaram-se as seguintes premissas: audiência de custódia como instrumento de economia de gastos públicos com presos provisórios no sistema carcerário/prisional e de controle judicial das prisões provisórias.

O trabalho tem como objetivo geral abordar o instituto da audiência de custódia e sua implementação no processo penal brasileiro, mostrando seus principais efeitos. Procura, como objetivo específico, demonstrar a origem da audiência de custódia, seus conceitos e fundamentos; a audiência de custódia em outros ordenamentos jurídicos – Direito comparado; a relação entre os tratados internacionais e a legislação brasileira; o impacto do projeto de audiência de custódia do Conselho Nacional de Justiça e sua força normativa; e, ainda, as divergências doutrinárias no que tange à audiência de custódia no Brasil.

O perscrutamento do tema justifica-se pela sua recente implantação no ordenamento jurídico pelo Conselho Nacional de Justiça, em que pese a ratificação do Pacto de San Jose da Costa Rica, há mais de vinte anos.

Mais que um direito a ser assegurado, a apresentação do preso à autoridade judicial humaniza o processo penal, na medida em que impõe uma desburocratização na análise da imposição das prisões.

Por fim, trata-se, ainda, de analisar as principais doutrinas em relação ao tema, elencando as vantagens e desvantagens da audiência de custódia no ordenamento brasileiro, com vistas a realizar uma reflexão crítica acerca do cabimento da audiência de custódia no processo penal brasileiro.

Dessa forma, ao final deste trabalho buscam-se evidenciar os principais resultados que o instituto promove, na atualidade, no âmbito do Brasil.

2 Audiência de custódia: fundamentos

A audiência de custódia consiste na apresentação do detido ao juízo no prazo de 24 horas após a detenção. Tem como objetivo permitir a avaliação da legalidade e do cabimento da prisão. A audiência de custódia presta-se também à análise de outras irregularidades, como maus tratos e tortura, revelando com importante espaço de voz do preso.

A palavra custódia, do Latim *custodia*, é o “ato de guardar, de vigiar”, de *custos*, “guardião, vigilante”. Há uma conhecida frase em Latim que é *Quis custodiet ipsos custodes?* – que quer dizer “Quem vigia os próprios guardas?”, mostrando que, se há necessidade de alguém para evitar algo proibido, esse alguém pode fazer o mesmo.

A partir dessa síntese, utilizamos o conceito desse instituto estabelecido por Caio Paiva:

Audiência de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos e tortura. (PAIVA, 2015, p. 31)

Em suma, esta audiência possibilita ao magistrado um juízo pomenorizado do *periculum libertatis*, e avaliar a suficiência e o ajustamento das medidas cautelares diversas, estipuladas pelo art. 319, do Código de Processo Penal.

Nessa perspectiva, após realizar o contraditório entre a acusação e a defesa, o juiz exerce o controle imediato da legalidade e necessidade da prisão do acusado, além de representar a oportunidade de se realizar uma apreciação acerca de questões relacionadas à pessoa do conduzido, como maus tratos e tortura. Portanto, tal procedimento assegura a integridade física e os direitos humanos dos presos, bem como a garantia fundamental do acesso à justiça.

Tal instituto tem fundamento nos tratados e convenções que discorrem sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, dentre os quais as determinações constantes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica). Tal convenção contempla, em seu artigo 7.5, que

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o acesso. Sua

liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Decreto 678, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1992, art. 7.5)

Nessa lógica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já fixou entendimento sobre tal temática, considerando a audiência de custódia como essencial à proteção à liberdade pessoal e proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal, indicando que o simples conhecimento por parte do juízo competente não satisfaz essa garantia. (PAIVA, 2015, p.35)

Cumprir destacar ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi integrada ao Direito nacional por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Posteriormente, o STF fixou entendimento sobre o tema ao julgar o RE 349. 703/RS, situando que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de que o Brasil se tornar signatário, incorporam-se ao ordenamento jurídico com status de norma jurídica suprallegal.

O artigo 9 (3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado no mesmo Decreto em 1992, também fundamenta tal instituto:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada, em virtude de infração penal, deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1992, art. 9(3))

Portanto, a conjugação de tais mandamentos suprallegais que regem a matéria sobre direitos humanos e as garantias fundamentais estabelecidas no art. 5º da Constituição Federal fundamentam a imperativa necessidade de implantação da audiência de custódia no Brasil. Assim, os projetos elaborados pelos órgãos jurisdicionais se convertem em procedimento de resgate das garantias estabelecidas por tais mandamentos. Corroboramos com os preceitos elaborados por Rafael de Lazzari que traz o seguinte entendimento:

A audiência de custódia, ante a conjugação dos dispositivos em lume, não mais representa que a possibilidade de o preso precaver, no prazo mais urgente possível (e o prazo a que se tem feito menção é o de 24 horas) à presença da autoridade judicial, a fim de que esta delibere

sobre a necessidade de manutenção da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, a soltura condicionada ou incondicionada do indivíduo, a presença ou ausência do estado de flagrância, bem como a integridade física e moral daquele que teve sua liberdade de ir e vir restringida. (LAZZARI, 2015, p.14)

Destarte, a insuficiência de regramento jurídico no plano legislativo brasileiro não pode legitimar o descumprimento do mandamento ratificado pelo Estado, tampouco incidir diretamente sobre garantias processuais basilares na carta constitucional.

2.1 Audiência de custódia no mundo: direito comparado

No direito processual penal de diversos países, há uma convergência de entendimentos no sentido de que a pessoa presa deve ser imediatamente apresentada pessoalmente ao juiz. A regra está ligada a um sistema mais amplo de mecanismos de controle judicial das prisões. Vejamos:

2.1.1 Alemanha

O sistema processual alemão adota procedimento similar à audiência de custódia, denominada “Apresentação” (Vorführung) nos casos de prisão (Haft) ou detenção (Festnahme), cumprindo determinação expressa na Convenção Europeia de Direitos Humanos, que reza: “toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, letra “c”, do presente artigo deverá ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou de outra pessoa habilitada por lei a exercer poderes judiciais”.

A ordem de prisão investigatória definida pelo StPO, no artigo 112, é admissível nos casos em que: o acusado fugiu ou está se escondendo; se existe um risco de que ele vá fugir dos processos penais; se há risco de que ele vá destruir, alterar, remover, suprimir ou falsificar as provas; ou haja risco de que ele vá indevidamente tentar influenciar os coacusados, testemunhas, peritos ou tentar convencer os outros a fazê-lo. (ALFLEN, 2016, p.47)

Vê-se, assim, que a detenção provisória alemã não se correlaciona inteiramente com a prisão em flagrante do processo penal brasileiro, uma vez que, no processo penal alemão, o flagrante delito ocorre somente quando o autor é encontrado executando o fato típico ou após a consumação. Contudo, todas as hipóteses elencadas no processo penal brasileiro que ensejam a prisão provisória e a prisão temporária são passíveis de detenção provisória na Alemanha.

2.1.2 Argentina

Na Argentina, o Código de Processo Penal Federal exige que, em casos de prisão sem ordem judicial, o detento compareça perante uma autoridade judicial competente no prazo de seis horas após a prisão.

A regra no ordenamento é que as prisões devem sempre se processar mediante intervenção do juiz. Todavia, há hipóteses em que os agentes de segurança têm o dever funcional de efetuar a detenção dos indivíduos.

Ainda, admite-se a detenção nos casos de tentativa de cometimento de um delito de ação penal pública, punido com pena privativa de liberdade; fuga de indivíduo legalmente detido; excepcionalmente, em casos de indícios veementes de culpabilidade e de perigo iminente de fuga ou de sério atraso/embaraço das investigações; e flagrante, em se tratando de cometimento de delito de ação pública, punido com pena privativa de liberdade. (ÁVILA, 2016, p.306).

Em todos os casos, mesmos naqueles em que os agentes de segurança efetuam a detenção, deve o preso ser conduzido sem demora à presença do magistrado. À vista disso, verifica-se que, salvo algumas exceções, a regra na Argentina é a de que as prisões se processem mediante a presença de um juiz e num prazo de seis horas.

2.1.3 Espanha

Na Espanha, no que tange à apresentação do preso, existem dois prazos a depender da situação: 24 horas – quando da detenção (regra); e 72 horas quando da apresentação do preso diretamente ao juiz de instrução.

A Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) estabelece como regra que, quando se realiza uma detenção, o responsável pela detenção (policia ou particular) deverá apresentar o preso, em no máximo 24 horas, ao juiz mais próximo ao local da detenção ou, não sendo possível, deverá colocar em liberdade a pessoa, sob pena de responsabilidade criminal (ÁVILA, 2016, p. 308)

Dessa forma, a regra é a de que, realizada a detenção, o prazo de apresentação do preso ao juiz é de 24 horas. Salvo exceções, não sendo possível a apresentação nesse prazo, deve a pessoa presa ser colocada em liberdade, sob pena de responsabilidade criminal daquele que o detém.

Nesse país, mesmo se um suspeito for detido por menos de 72 horas, sem que sua detenção seja estritamente necessária para a realização da investigação e apuração dos fatos, o seu direito constitucional à liberdade está sendo violado. (FRAGOSO; WEIS, 2011, p.13)

Não obstante, conforme estabelece a lei processual penal desse país, tal prazo pode se estender por um limite de mais 48 horas, desde que seja realizada a devida fundamentação.

2.1.4 França

A França é marcada por ter forte atuação na proteção do direito à liberdade e influencia diretamente todo o mundo.

Desde a Revolução Francesa, o país deixou um legado e influenciou todo o Ocidente no que tange à proteção ao direito à liberdade, que foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. (ÁVILA, 2016, p.310).

Na França, a polícia pode realizar, de iniciativa própria, a prisão de uma pessoa em duas situações: a prisão em flagrante (*arrestation*), e a detenção policial de suspeito (*garde à vue*). A detenção policial deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público e terá a duração de 24 horas. O procurador da República deve analisar se a manutenção da detenção é necessária, se os direitos do detido estão sendo respeitados e, a qualquer momento, pode ordenar a apresentação da pessoa detida ou ainda sua imediata liberação, podendo ainda permitir a continuidade da detenção por até 24 horas nos casos de criminalidade ordinária, ou por 48 horas, nos casos de criminalidade organizada. Essa apresentação do preso ao Ministério Público poderá ocorrer por videoconferência. Caso ocorra de se superar esse prazo máximo de 48 horas, então será necessário que o Ministério Público formule um requerimento para conversão da detenção policial em prisão preventiva (*détention provisoire*), devendo para tanto apresentar pessoalmente o preso ao juiz das liberdades e garantias, o qual poderá interrogar o conduzido, ouvir os requerimentos de seu advogado e então decidir sobre o pedido do Ministério Público de prisão preventiva (FRANÇA, 1959, art. 396.2).

Não há vedação para a Polícia realizar o interrogatório durante a *enquête préliminaire* (investigação conduzida pela Polícia sob controle do Ministério Público ou diretamente por esse); todavia, durante a *instruction* (investigação conduzida pelo juiz de instrução, no caso de crimes mais graves – com pena superior a dez anos), apenas o juiz de instrução poderá realizar o interrogatório (GUINCHARD; BUISSON, 2009, p. 524).

Como se vê, há regras bastante específicas na França no que tange à apresentação do preso/detido ao Judiciário, com significativa intervenção do Ministério Público tanto na fase da prisão quanto na de instrução, podendo a apresentação do preso ocorrer ainda por videoconferência, o que, atualmente, não se aplica no Brasil.

2.1.5 Itália

No direito italiano, tal garantia também mereceu destaque em sede constitucional. A constituição italiana trata do assunto no capítulo que versa sobre os direitos e deveres dos cidadãos.

Thiago Pierobom Ávila apresenta o que dispõe a Carta Magna italiana em relação às formas de restrição de liberdade nesse país:

No país, segundo o ordenamento jurídico, não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquirição pessoal, nem tão pouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação motivada da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei. Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados categoricamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias, que devem ser comunicadas no prazo de 48 horas à autoridade judiciária. (ÁVILA, 2016, p. 312)

Subsidiariamente, o código de processo penal (Codici di Procedura Penale) prescreve o prazo máximo de 48 horas para a apresentação do custodiado em audiência. Nesse sentido, o código de processo penal italiano ratifica o preceito definido em sua Constituição.

2.1.6 Reino Unido

A base do direito no Reino Unido advém dos costumes (Common Law). Tal sistema se vale de alguns atos parlamentares, dentre os quais um dos mais emblemáticos é o Ato de Direitos Humanos de 1998. O dispositivo visa a regulamentar as proposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos e faz o apontamento de que a audiência deve ser procedida de prazo razoável, a fim de garantir um processo justo.

Carlos Weis e Nathalie Fragoso, ao discorrerem sobre a apresentação do preso em juízo no Reino Unido, dispõem nessa linha:

Uma pessoa acusada de um delito deve ser levada perante um juiz “o mais cedo possível e, de qualquer forma, não depois de sua primeira audiência, na qual ele é indiciado pelo crime”. Na prática, isso significa que, se o acusado é detido pela polícia, ele será mantido sob custódia por até 24 horas, após o que ele deve ser levado perante um juiz. Nos casos em que a fiança seja concedida, o acusado deve comparecer no tribunal no prazo de dois dias. (WEIS; FRAGOSO apud KALMTHOUT; KNAPE; MORGENSTERN, 2012, p.12)

Nesse contexto, constata-se a seriedade levada com a audiência de custódia nesse país, muito diferente do que vinha ocorrendo no Brasil, em relação às prisões, antes da implementação do projeto do CNJ de audiência de custódia.

Destarte, vê-se que, no Reino Unido, a audiência de custódia tem um procedimento bem delineado, com prazo de 24 horas rigidamente respeitado, salvo as exceções legais. O país destaca-se pela proteção aos direitos humanos e por defender um processo de julgamento justo.

2.2 Audiência de custódia no sistema penal brasileiro

A audiência de custódia foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, em 2015, por meio da Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça. Há alguns projetos de lei que se relacionam ao tema em trâmite no Congresso Brasileiro, entre eles a alteração do Código de Processo Penal para inserção da audiência de apresentação, no entanto, esses projetos de lei ainda não foram concluídos.

2.2.1 Previsão normativa e implementação da audiência de custódia no Brasil

Como já tratado anteriormente em sede dos fundamentos da audiência de custódia, esta encontra previsão normativa em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sendo o Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)) um dos feitos internacionais mais importantes no que diz respeito à previsão normativa da audiência de custódia.

A CADH (1992, art. 7º) prevê que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

O Código de Processo Penal possui imperativo parecido ao estabelecer que, na hipótese de prisão em virtude de mandado de crime inafiançável, sem que a autoridade tenha cópia do documento, o preso deve ser imediatamente apresentado ao magistrado que tenha expedido o mandado de prisão. Mas, aqui, a apresentação visa apenas a comprovar a existência da ordem expedida pelo juízo. (BRASIL. Código de processo penal, 1941, art.287)

Urge destacar a insuficiência de regramento em sede processual a fim de superar tal deficiência. O art. 306 do Código de Processo Penal dispõe que a prisão deve ser comunicada imediatamente ao juízo competente. Não obstante, o parágrafo primeiro do mesmo artigo esclarece que, em até 24 horas, serão encaminhados os autos de prisão em flagrante ao juiz e à defen-

ria pública, nos casos em que o preso não tenha defensor. (BRASIL. Código de processo penal, 1941, art.306)

Dessa forma, diante do auto de prisão em flagrante, o juiz decide com base no art. 310 do CPP, quais sejam (I) relaxar a prisão ilegal; (II) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos legais e se expuserem inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão do art. 319, ou (III) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nos mesmos moldes, corroboramos com a lição de Caio Paiva:

[...] trata-se de um sistema puramente cartorial, em que o Poder Judiciário, de forma asséptica, decide a partir do papel, sem garantir ao preso o direito de – pessoalmente – se fazer ouvir, revelando um padrão de comportamento judicial que, com o passar dos tempos, se tornou praticamente gerencial, uma atividade quase burocrática, em que predomina a conversão do flagrante em prisão preventiva com base em elementos excessivamente abstratos, fomentando uma atividade decisória “em série” e customizada. (PAIVA, 2015, p.56)

Portanto, evidencia-se que a previsão normativa, constante na legislação processual penal brasileira, é insuficiente e claramente menos benéfica ao preso do que a previsão da apresentação do custodiado em juízo, previstas em Tratados de Direitos Humanos e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Apesar da necessidade de regulamentação da audiência de custódia no ordenamento jurídico, o legislativo brasileiro se mostrou omissivo por duas décadas. O Brasil é um país signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, e tal instituto já faz parte da realidade de muitas nações. No entanto, a implementação vem ocorrendo paulatinamente no país, conforme se demonstra a seguir.

2.2.1.1 Projeto de Lei 156/2009

O Projeto de Lei 156 / 2009, do Senado Federal, visa a instituir novo código de processo penal brasileiro. Em seu art. 14, o texto aprovado pelo Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, prevê que o chamado “juiz das garantias” responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, deverá zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença.

Certamente, ao estabelecer a condução do preso à presença judicial como faculdade do magistrado, o texto proposto no projeto de lei não ratifica ou regulamenta o imperativo ou a garantia presente na Convenção Americana de Direitos Humanos. No capítulo que trata da prisão em flagrante, o projeto de lei, repete, quase na íntegra, o texto do código atual. Assim, a legislação processual penal não busca avanços nem adequações aos direitos humanos.

O projeto foi encaminhado à outra casa legislativa e ainda não foi alvo de deliberações. Não obstante, cabe ressaltar que a justificativa do relator não se amolda à jurisprudência da CIDH que não considera o delegado como “autoridade judicial” competente para tal feito.

2.2.1.2 Projeto de audiência de custódia do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

O dia 6 de fevereiro de 2015 marcou o início da implantação do Projeto de Audiência de Custódia desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo como ponto de partida através do Provimento Conjunto 3/15. Hoje, tal projeto já se encontra implementado em todos os Estados do Brasil.

O projeto foi estruturado com objetivos de engendrar esforços a fim de conferir a aplicabilidade das normas de direito internacional que preveem tal apresentação, bem como conferir maior efetividade às providências positivadas no art. 310 do CPP.

A iniciativa do CNJ emana da inércia legislativa em relação ao instituto da audiência de custódia, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e integrado ao ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992. Passados 22 anos, diante da morosidade do legislativo em regulamentar tal tema, tal projeto foi desenvolvido e implantado gradativamente em todas as unidades da federação. Porém, inicialmente tal projeto encontrou resistência e foi alvo inclusive de ação direta de inconstitucionalidade.

O STF foi chamado a posicionar-se sobre o assunto e, por duas vezes, reconheceu a legalidade da Audiência de Custódia sob a égide do projeto elaborado pelo CNJ. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra as normas do TJSP que implementaram a audiência de custódia no Estado de São Paulo.

Os ministros do STF decidiram em plenário que o procedimento somente regulamentou normas já vigentes, não tendo que se falar em inovação no ordenamento jurídico. Como salientou o Ministro Luiz Fux, “o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do juiz está

previsto na Convenção Americana de Direitos do Homem, internalizada no Brasil desde 1992, bem como em dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro”.

Nesse sentido, a ADI 5240 foi julgada improcedente pela Suprema Corte.

Em outro momento, o plenário – ao realizar a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade, que suscitava a situação de calamidade do sistema prisional brasileiro – levou o relator Ministro Marco Aurélio de Mello a decidir no sentido de determinar aos juízes e tribunais que, nos casos de deliberação acerca da manutenção ou decretação da prisão provisória, haja motivação expressa por parte dos magistrados.

Noutro giro, ordenou que se passem a realizar, no prazo de noventa dias do julgamento, as audiências de custódia, com vistas ao quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro. Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

ADPF 347 MC / DF – DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a): Min. MARCOAURÉLIO

Julgamento: 09/09/2015

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo

Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União e Estados-membros. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/09/2015)

Atualmente, a audiência de custódia já é realizada no âmbito de todos os Tribunais de Justiça do País. A regulamentação de cada órgão estadual dispõe sobre o processo de implementação gradual no âmbito dos municípios. Conforme dados estatísticos do CNJ, de maio de 2016 até junho de 2017, foram realizadas 258.485 audiências em todo o território nacional. Desse total, 115.497 resultaram em concessão de liberdade provisória; tais números representam 44,68% das audiências realizadas. Nos outros 142.988 casos, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva (55,32%). (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Dados Estatísticos, 2017)

Ainda, de acordo com os mesmos dados estatísticos, em 12.665, houve relatos de violência por parte dos agentes estatais no ato da prisão. Tal número representa 4,90% do total dos procedimentos realizados. Há também episódios em que houve encaminhamento dos conduzidos a entidades sociais ou assistenciais (27.669). Tal número representa um percentual de 10,70%.

3 Efeitos da implementação da audiência de custódia no Brasil

A inserção do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro trouxe diversos efeitos, entre os principais, o impacto econômico e o controle judicial das prisões provisórias.

3.1 Impacto econômico

O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, confirmou a constitucionalidade e a importância da implantação da audiência de custódia para a garantia da dignidade da pessoa humana. Ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade nº. 5.240, em sessão plenária do dia 20 de agosto de 2015, os Ministros do STF mantiveram as normas que regulamentam a

implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Legal Fundamental nº. 347, realizado em 9 de setembro de 2015, a suprema corte determinou que juízes e tribunais realizassem audiências de custódia, no prazo máximo de noventa dias, a fim de viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24h contado do momento da prisão, como providência necessária à solução da crise prisional em nosso país.

Com seiscentos mil presos, o Brasil é o quarto país do mundo que mais encarcera pessoas. Nesse universo, 40% dos detentos (240 mil) são presos provisórios, ou seja, aqueles que ainda não receberam condenação definitiva. Atualmente, seis meses é o tempo médio de duração das prisões preventivas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p.15)

Nessa senda, é possível fazer um prognóstico do grande vulto de recursos públicos gastos com presos provisórios e o impacto dessas gastos não só no sistema carcerário, mas em todos os outros âmbitos do país, que tanto carecem de estrutura financeira para que possa prestar um serviço digno à sociedade. Cabe observar que muito desse número de presos provisórios pode ser minimizado com a aplicação eficiente de outras medidas cautelares, diversas da prisão.

Gisele Souza de Oliveira corrobora com tal entendimento em relação aos graves problemas e alto custo do sistema carcerário nacional:

A alteração do Código de Processo Penal, pela Lei 12.403 / 2011, aprovada com significativo atraso histórico e social, vem se somar ao conjunto de medidas necessárias para minimizar os graves problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro, o qual está literalmente falido, com superpopulação de presos provisórios, submetidos a condições incompatíveis com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB e necessitando que o Poder Executivo Federal e das diversas Unidades Federativas façam investimentos bilionários para atender à crescente demanda, pois, segundo dados registrados pelo Conselho Nacional de Justiça, o somatório de presos provisórios e condenados alcança seiscentos mil pessoas, dentre elas, 240 mil ainda sem condenação com trânsito em julgado, ou seja, temos a terceira maior população carcerária do mundo. (OLIVEIRA, 2017, p.115)

Nesse contexto, considerando que cada preso custa, por ano, 36 mil reais ao Estado, o sistema penitenciário brasileiro consome 21,6 bilhões de reais todos os anos. É certo que evitar prisões provisórias

desnecessárias, já na fase da audiência de custódia, sem dúvidas gera um impacto econômico significativo nos gastos do sistema penitenciário nacional. E, apesar do pouco tempo de implantação desse instrumento, já são visíveis os avanços no sentido de reduzir o impacto econômico com prisões que podem ser substituídas por outras medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal.

Ainda, segundo dados do CNJ, os estados que já implementaram a audiência de custódia verificaram que 50% das prisões preventivas são desnecessárias. O Conselho estima que a redução pela metade de pessoas presas antes de terem sido condenadas gerará uma economia anual de 4,3 bilhões de reais. Além disso, ao deixar de prender 120 mil dessas pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, o que representa uma economia de 9,6 bilhões de reais, totalizando uma economia de 13,9 bilhões de reais.

Segundo o Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, “com a adoção da audiência de custódia em todos os tribunais, deixaremos de prender anualmente cerca de 120 mil pessoas, representando uma enorme economia para o erário, da ordem de R\$ 4,3 bilhões por ano, que poderão ser destinados à saúde pública, à educação ou a outras ações em prol da sociedade”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União e Estados-membros. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/09/2015)

O também Ministro do STF, Marco Aurélio, disse que essa providência (implantação das audiências de custódia) conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável de gastos com a custódia cautelar.

O custo médio mensal individual é de aproximadamente R\$ 3 mil. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intimado: União e Estados-membros. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/09/2015)

Ratifica-se a necessidade de a prisão provisória ser decretada como medida excepcional, quando o caso não comporte a aplicação das demais medidas cautelares do CPP, como se vê: “O juiz decidirá fundamentadamente sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, ou, se elas forem insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da prisão preventiva”. (LOPES JR.; ROSA, 2015, p. 25)

Nessa conjuntura, pode-se verificar que a audiência de custódia é um dos instrumentos que favorece a diminuição do impacto financeiro dos gastos

no sistema penitenciário nacional no que tange aos presos provisórios, minimizando custos para manter uma pessoa encarcerada provisoriamente, quando outras medidas cautelares, diversas da prisão, forem adequadas e suficientes ao caso concreto.

3.2 Controle judicial das prisões provisórias

Conforme a atual sistemática do CPP, o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao magistrado em até 24 horas, contados da prisão. Assim, o preso, após as formalidades na delegacia de polícia, é conduzido diretamente ao sistema carcerário, sem qualquer contato com a autoridade judicial e/ou Ministério Público e, em muitos casos, sequer um advogado. Nesse contexto, o real contato do preso com o magistrado só ocorre por ocasião da audiência de instrução e julgamento, que, a depender da complexidade do caso, pode demorar meses e/ou anos após a prisão.

Como leciona David Araújo sobre a importância da audiência de apresentação, “Passado todo esse lapso temporal, já não existirão mais vestígios de lesões, e nem mesmo a intenção do preso de noticiar suas agressões, uma vez que sequer haverá lembrança de qual agente estatal lhe agrediu”. (ARAÚJO, 2015, p. 17)

Nesse sentido, o rápido encontro do custodiado com o magistrado contribui para a evolução do processo penal, tornando essa fase mais humanitária, com consequentes impedimentos de tortura e maus tratos, dentre outros. Ademais, havendo esse primeiro contato pessoal do imputado com o juiz, caberá a este aferir qual seria a melhor medida ser aplicada ao caso concreto, satisfazendo a proporcionalidade dos atos judiciais: necessidade e adequação.

Também se deve trazer à tona que houve um aumento assustador dos enclausuramentos provisórios no Brasil, pois, segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) para o ano de 2012, as prisões provisórias contabilizavam 57% dos casos. Constatou-se que, na prática, há um elevadíssimo índice de prisões decretadas sem a devida necessidade cautelar.

No momento da audiência de custódia, caberá ao juiz as seguintes providências, a depender do caso concreto: relaxar a prisão em flagrante que fora considerada ilegal; decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão; ou manter solta a pessoa suspeita da prática de determinada infração legal, se verificar que estão ausentes os pressupostos da prisão preventiva.

Em relação ao controle judicial das prisões provisórias, José Rabelo Ferreira Júnior destaca, em relação ao controle judicial das prisões provisórias:

Com as audiências de custódia, dever-se-á evitar, ou ao menos limitar, o número de prisões arbitrárias e ilegais, que, por qualquer motivo, sejam desproporcionais e desnecessárias. Garante-se um controle judicial célere e eficaz sobre a legalidade, necessidade e adequação da prisão cautelar, minimizando as superlotações nos presídios nacionais. (FERREIRA JR., 2016, p. 64)

Como se vê, ainda é cedo para se afirmar a diminuição da lotação em presídios em razão da audiência de custódia, mas resta indubitável que, evitando-se prisões, sem a devida necessidade cautelar, por meio do controle judicial dessas medidas, conseqüentemente, ter-se-ão por reduzida a quantidade de presos provisórios e os gastos decorrentes dessas decisões.

No que se refere ao conteúdo da audiência de custódia, explica Rosivaldo Toscano Jr.:

Na audiência de custódia, não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da questão e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento é o que contamina de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a faticidade. (TOSCANO JR., 2015, p.12)

Importante esclarecer que a audiência de custódia não tem como objetivo a colheita de provas que serão usadas no processo. O momento em que ela ocorre deve ser visto como espaço democrático em que a oralidade é garantida. O objeto da audiência de custódia é restrito, não há produção antecipada de provas; o que existe é uma prisão e uma necessidade de controle jurisdicional. O ato de audiência de custódia não deve servir como antecipação do interrogatório ou da instrução processual. A atividade judicial praticada durante sua realização, com a participação do Ministério Público e da Defesa, deve se limitar às circunstâncias objetivas da prisão e subjetivas sobre o cidadão conduzido.

Segundo dados do CNJ, divulgados no mês de junho do corrente ano, foram realizadas 258.485 audiências de custódia no País, resultando na

concessão de 115.497 liberdades provisórias (44,68% do total), e na manutenção de 142.988 (55,32% do total) prisões até junho de 2017.

No Distrito Federal, no período de 14/10/2015 a 30/06/2017, foram realizadas 15.585 audiências de custódia, resultando em 51,58% de liberdade provisória. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p.11).

Pelos dados, é possível observar que, no Brasil, em 44,68% das prisões, cabia a liberdade provisória, contra 51,58 % no Distrito Federal, o que demonstra a efetividade da audiência de custódia no controle judicial das prisões provisórias, em casos em que outras medidas cautelares, diversas da prisão, mostraram-se adequadas.

Estatísticas sobre os primeiros anos de funcionamento da audiência de custódia, em nove Tribunais de Justiça, indicam que os presos autorizados a esperar pelo julgamento em liberdade raramente voltam a ser detidos por novos crimes, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça. Nos Tribunais de Justiça do Espírito Santo, Mato Grosso, São Paulo, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Bahia, o índice de reingresso foi de 4,05%. Das 6.513 pessoas que receberam liberdade provisória em audiência de custódia nesses nove Estados, apenas 264 pessoas voltaram a ser apresentadas a um juiz por terem cometido um crime novamente. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p.11).

Destarte, se a audiência de custódia vier acompanhada de medidas que garantam sua gestão e funcionamento correto, é certo que esse instituto produzirá efeitos muito positivos no sistema carcerário brasileiro, entre eles, maior análise aos casos em que a submissão a outras medidas cautelares que garantam a eficácia similar, com custos reduzidos para o Estado e sem estigmatizar a pessoa que ainda não foi condenada e goza do amparo do princípio da presunção de inocência.

3.3 Vantagens e desvantagens da audiência de custódia e divergências doutrinárias

A implementação da audiência de custódia no Brasil é cercada por bastante controvérsia, haja vista que diversos seguimentos do Estado são resistentes à sua implantação, mesmo diante dos argumentos já suscitados neste trabalho. Deste modo, analisaremos as vantagens elencadas pela doutrina no projeto do CNJ e as desvantagens (críticas) elaboradas por outras correntes doutrinárias a tal procedimento.

Poucas são as literaturas que criticam ou enxergam desvantagens na audiência de custódia e apresentam argumentos factíveis. Contudo, diversos seguimentos da sociedade mostraram descontentamento e aversão à inserção da audiência de custódia na dinâmica processual penal brasileira.

Diversamente ao posicionamento da doutrina que afirma que há no Brasil uma cultura de encarceramento, Bruno Luiz Cassiolato vislumbra outras questões atreladas ao grande número de encarcerados em nosso sistema:

Esses números sob minha visão, e salvo melhor juízo, decorrem muito mais de questões sociais e civilizatórias que enfrentamos atualmente (desigualdade social, aumento de crimes violentos, dificuldades de se coibir minimamente o tráfico de drogas, baixa escolaridade, falta de oportunidades profissionais, dentre outras) e de uma cultura de punição e vingança que parecem permear a sociedade (especialmente os meios de comunicação) que, de certo modo, acabam refletidas na atuação da polícia, do Ministério Público e da Magistratura. Não decorrem de faltam de instrumentos processuais ou de falhas técnicas na aplicação jurisdicional deles. (CASSIOLATO, 2015, p. 02)

No mesmo sentido, Guilherme de Sousa Nucci apresenta argumentos, salientando que tal procedimento é cercado de mitos, não conferindo efetividade ou resguardo de garantias:

A audiência de custódia, com a devida vênia, é um modismo, trazendo vários mitos para serem explorados. Alguns argumentam que ela é a concretização do próprio instrumento do habeas corpus (toma o corpo). Perfeito. Neste importante instituto, há previsão legal para que o juiz/desembargador convoque o preso à sua frente. Nunca soube disso. Se alguém o fez, entra para a estatística mínima, quase desaparecida. (NUCCI, 2015, p.03)

Noutra perspectiva, Neto Francisco Sanini sustenta que a autoridade policial tem o condão de efetuar o controle e adequar o processo penal brasileiro às normas imperativas constantes na CADH:

Percebe-se, pois, que o Delegado de Polícia preenche perfeitamente esses requisitos, vez que é uma autoridade imparcial, sem qualquer interesse no processo posterior, comprometido apenas com a busca de uma verdade possível dentro da investigação criminal, produzindo, não raro, provas e elementos de informações que favoreçam o próprio investigado. Da mesma forma, possui independência funcional (garantida pela Lei 12. 830/13 e por diversas constituições estaduais) e,

ademais, tem competência (leia-se: atribuição legal) para presidir o auto de prisão em flagrante, instrumento apto para restringir, ainda que de maneira precária, a liberdade de locomoção do conduzido. (SANINI, 2015, p.05)

Nessa visão, não seria necessário um controle judicial sobre as prisões, uma vez que o próprio Delegado de Polícia realiza/realizaria essas funções.

Segundo Diego Dutra Goulart, a audiência de custódia burocratiza o sistema e não oferece qualquer resultado efetivo, servindo unicamente como controle da atividade policial:

Tem-se, pois, uma audiência de custódia para “inglês ver”, servindo apenas para que alguns se sintam à vontade para dizer que, em São Paulo, a exemplo do que ocorre em outros países, o juiz também “ouve” o réu preso, quando isso não é verdade. Nos outros países, o magistrado realiza o interrogatório do preso em flagrante, ouvindo-o sobre todos os fatos a ele imputados, decidindo se o agente continua em cárcere ou não. Aqui, por sua vez, o juiz ouvirá o preso apenas sobre “circunstâncias objetivas” de sua detenção. (GOULART, 2015, p.03)

Para o autor supramencionado, o fato de o preso ser ouvido apenas sobre as circunstâncias objetivas da prisão, não é eficiente e torna o sistema improdutivo e inábil.

Ademais, há outros argumentos, como delimita Neemias Moretti Prudente, que sustentam que tal audiência onera o Estado financeiramente e estruturalmente em situações que o magistrado seria capaz de verificar os requisitos sem a presença física do preso. Além disso, afirma que o prazo de 24 horas é muito exíguo:

Outras críticas também são apresentadas pelos órgãos refratários a implementação das audiências, tais como, limitações de ordem estruturais e financeiras (v. G. Dificuldade de transporte, riscos de locomoção, dispêndios com aparato policial às audiências, etc.), bem quanto à impossibilidade de sua aplicação por falta de previsão legal, e ainda quanto à dispensabilidade da audiência de custódia quando o magistrado já tem condições de extrair dos autos a necessária medida segregatória ao réu. Outra crítica é quanto ao curto prazo para a apresentação (24h). (PRUDENTE, 2016, p.9/31)

Entretanto, diante dos argumentos e tópicos já explicitados neste trabalho, não corroboramos com tais preposições.

Diversos são os benefícios com a realização de tal procedimento no âmbito do processo penal. O próprio projeto do CNJ elenca diversas vantagens da audiência. Destarte, possibilita a apreciação adequada da prisão, considerando a presença física do autuado em flagrante, a garantia do contraditório e a prévia entrevista com juiz, dentre outras.

Noutra perspectiva permite que o magistrado, o membro do Ministério Público e da defesa técnica, conheçam possíveis casos de tortura e maus tratos e tomem as providências cabíveis. Ainda previne o ciclo da violência e da criminalidade, quando possibilita ao juiz analisar se está diante da prisão de um criminoso ocasional, ou daqueles envolvidos com facções criminosas.

Ainda, conforme apresentado nesse trabalho, enseja a redução da superlotação carcerária e os altos gastos do Estado com a manutenção de presos provisórios. Noutra perspectiva favorece a aplicação de penas alternativas e o combate à cultura do encarceramento. De tal modo, conforme perfilham Aury Lopes Júnior e Caio Paiva,

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto, através dela, se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, dessa forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, §1º do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado. (LOPES JUNIOR; PAIVA, 2014, P. 04)

Em outro giro, a autoridade judiciária terá a oportunidade de analisar a situação do custodiado de perto, humanizando o procedimento de controle da prisão cautelar. Dessa forma, a audiência de custódia se comporta como mecanismo garantidor de diversos princípios garantidos constitucionalmente, dentre os quais se destacam os princípios do contraditório e da ampla defesa; do devido processo legal, transformando o processo para algo um tanto além do formalismo, mas uma salvaguarda substancial das garantias fundamentais. Assim, corroboramos com a lição de Neemias Moretti Prudente:

Permitirá também uma análise mais cuidadosa das circunstâncias em que se deu a prisão, possibilitando ao juiz verificar a ocorrência de eventual nulidade, evitando a desnecessária movimentação da

máquina judiciária com investigações e ações penais que padecem de justa causa. Ainda, assegurará o reconhecimento de uma garantia constitucional dos acusados e mitigará os custos colaterais impostos ao Estado, às famílias e à própria comunidade. (PRUDENTE, 2015, p. 31)

Por fim, entendemos que tal dispositivo vem instrumentalizar o acesso à Justiça como um direito fundamental por si só. Assim, em sede de um estado democrático de direito, espera-se que o Estado cumpra o seu papel de prover aos cidadãos instrumentos fundamentais, inclusive para a proteção contra o próprio Estado.

Conclusão

A partir da análise dos conceitos e particularidades acerca do tema, fundados na perspectiva de buscar investigar os efeitos da audiência de custódia no processo penal brasileiro, foi possível compreender os fundamentos e os objetivos do respectivo instituto, notando-se que a finalidade da audiência é o interrogatório do preso pelo juiz e a decisão, em contraditório, sobre a necessidade da continuidade da prisão. A regra está ligada a um sistema mais amplo de mecanismos de controle judicial das prisões.

Ao analisar as experiências no direito comparado, verificamos que a maioria dos países democráticos garante ao preso o direito de ser levado à presença do juiz, a fim de realizar o controle judicial sobre a prisão. Destarte, diante da lacuna legal que regulamente tal instituto no Brasil, o projeto do CNJ rompe com o longo período de desprezo do legislador brasileiro com tal direito do preso, expresso pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesta perspectiva, compreende-se o instituto da audiência de custódia como mecanismo de garantia de efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados. Assim, é possível vislumbrar um processo sobre o prisma de justiça material.

Por meio do presente estudo, foi possível ampliar a compreensão do tema e verificar o impacto econômico causado pela audiência de custódia no sistema processual penal e no sistema carcerário; a efetividade do controle judicial das prisões provisórias, que propicia meios de se diminuir a população carcerária de presos provisórios e promove o uso de outras medidas cautelares, diversas da prisão, quando adequadas e eficientes ao caso concreto. E, por fim, demonstraram-se as vantagens e desvantagens do respectivo

instituto da forma que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, alcançou-se o objetivo proposto inicialmente, que foi o de verificar os efeitos da implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro, apresentando seus principais efeitos.

Destarte, chegou-se à conclusão de que a audiência de custódia, implementada pelo projeto do Conselho Nacional de Justiça, tem proporcionado, nesses dois anos, ganhos significativos ao país seja no impacto econômico causado no sistema carcerário, com a diminuição de gastos com presos provisórios, seja pela maior efetividade de controle judicial das prisões no Brasil, seja como um meio de se prevenir e combater a tortura e os maus tratos nesse momento de prisão e, ainda, com inúmeros outros benefícios vivenciados desde a implantação do instituto, dos quais um dos mais significativos é a humanização do processo penal, advinda do caráter democrático que a audiência de custódia intenta.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*, 2015.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Apresentação (Vorführung) ou audiência de custódia no processo penal alemão In: *Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica* [recurso eletrônico] / Mauro Fonseca Andrade, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: FMP, 2016.

ARAÚJO, David. Artigo *Audiência de custódia: lições preliminares*. 2015. Disponível em: <<https://araujodavi.jusbrasil.com.br/artigos/190252425/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL *Código de processo penal*: Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/48baf9f0709f21543e98f37bd42ee461.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 5 jun. 2017.

_____. *Projeto de Lei 156 / 2009: código de processo penal*. Senado Federal. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/gettexto.asp?t=85509>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5240/SP*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL – BRASIL. Intimado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento: 20/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347/DF*. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto San Jose da Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

CONSTITUIÇÃO francesa em português. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. acesso em: 17 jun. 2017.

CASSIOLATO, Bruno Luiz. *Considerações sobre audiência de custódia: pontos positivos e negativos*. Disponível em: <<https://www.apamagis.com.br/website/Ler>>. Acesso em: 18 de out. 2017.

GOULART, Diego Dutra. Audiência de custódia para inglês ver. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, Ano.11, 21 de abril de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38322/audiencia-de-custodia-para-ingles-ver>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

ITALIA. *Constituição da República Italiana*, 22 de dezembro de 1947. <http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in>. Acesso em: 19 jun. 2017.

LAZZARI, Rafael de. A audiência de custódia como manifestação de um poder judiciário protetor dos direitos humanos. *Revista Pensamento Jurídico*: São Paulo, 2015.

LOPES JR.; Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?con_id=209>. Acesso em: 15 jul. 2017.

LOUREIRO, Fábio. O Primeiro interrogatório judicial do acusado detido. In: BELEZA, Tereza Pizarro; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda (Coord.). *Prova criminal e direito e defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2014.

MASI, Carlo Velho. *Audiência de custódia frente a cultura do encarceramento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. 2002. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 5 maio 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACTO Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>. Acesso em: 5 maio 2017.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Lições preliminares acerca da audiência de custódia no Brasil. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, ano XVI, nº 93, p. 9-31, ag. 2016.

REINO UNIDO. *Police and Criminal Evidence Act 1984*. Primeira impressão. Novembro de 1984. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/41>>. Acesso em: 4 maio 2017.

SANINI NETO, Francisco. *Audiência de custódia e jeitinho brasileiro*.

Revista Jus Navigandi, Teresina, Ano. 11. 21 de abril de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38322/audiencia-de-custodia-para-ingles-ver>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

TOSCANO JR., Rosivaldo. *Muito mais que uma audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.emporiiodireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosinaldo-toscano-jr/>>. Acesso em: 26 maio 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. In: *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 24, n. 283 – jun. 2016.

WEIS, Carlos; FRAGOSO, Nathalie. Apresentação do preso em juízo: estudo de direito comparado para subsidiar o PLS 554/2011. In: *Núcleo Especializado de Direitos Humanos*, DP do Estado de São Paulo, p.13.

GRAVIDEZ NO CÁRCERE: UMA ANÁLISE DO CENTRO DE REEDUCAÇÃO FEMININA MARIA JÚLIA MARANHÃO POLÍTICAS DE PRÉ-NATAL À LUZ DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Juliana Neiva Miranda
Acadêmica de Direito

Thainá Martins Carício
Acadêmica de Direito

Resumo

Este trabalho pretende verificar a aplicação da Lei de Execução Penal, sobretudo dos artigos 14, 83 e 89, e de outras políticas de pré-natal, na Centro de Reeducação Feminina Júlia Maranhão, localizado em João Pessoa, na Paraíba. Dados numéricos, informações na Literatura, leis ligadas ao tema e entrevistas com detentas e com funcionários da própria unidade prisional estudada foram as ferramentas de pesquisa utilizadas.

Palavras-chave: Gestação. Cárcere. Presídio Júlia Maranhão. Lei de execução penal

Abstract

This paper intends to analyze the Penal Execution Law, especially articles 14, 83 and 89, amongst other prenatal care policies, at the Júlia Maranhão Feminin Reeducation Center, located in João Pessoa, Paraíba. The evaluation tools used for the research were data, literature, laws regarding the matter, and interviews with inmates and the staff at the prison unit.

Keywords: Pregnancy. Prison. Júlia Maranhão Penitentiary. Penal execution law.

1 Introdução

A Constituição Federal brasileira prevê, no inciso XLVI do artigo 5^o, a individualização da pena, ou seja, a garantia de que ela não ultrapassará a pessoa do apenado. Dessa forma, é reservado apenas àqueles detidos por cometer um delito o ambiente do cárcere. Existe, porém, um caso de exceção.

Há pessoas que nunca infringiram a Lei e que nunca foram acusadas de tê-lo feito, mas que, todavia, se encontram confinadas em um presídio. São

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

as crianças do cárcere, filhas de mães apenas que permanecem junto a elas no ambiente prisional, dentro do ventre materno ou, até mesmo, depois de nascidas. A situação é sensível tanto por se encontrar fora do caso geral previsto constitucionalmente, como por atribuir ao Estado a responsabilidade pela manutenção dos direitos dessas pessoas, que, afinal, não cumprem penas, mas dividem o espaço físico reservado àquelas que as cumprem.

O presente trabalho busca estabelecer um comparativo entre o arcabouço normativo, a doutrina e a experiência prática no que tange à situação das presidiárias gestantes e mães de crianças pequenas do Centro de Reeducação Feminina Maria Júlia Maranhão, localizado em João Pessoa, na Paraíba. Para isso, fez-se uso de variadas ferramentas de pesquisa, tanto teóricas quanto empíricas, como a análise de dados numéricos, o colhimento de informações na literatura, a busca por leis ligadas ao tema e a realização de entrevistas com detentas e com funcionários da própria unidade prisional estudada.

Em suma, buscou-se verificar a aplicação da Lei de Execução Penal, sobretudo dos artigos 14, 83 e 89, e de outras políticas de pré-natal no estabelecimento penitenciário supracitado.

2 Apanhado histórico

Por volta do século IX, estabeleceram-se os primeiros tipos penais que enquadravam mulheres, os quais estavam ligados, majoritariamente, à bruxaria e à prostituição². Percebe-se, portanto, que as condutas punidas, na época, relacionavam-se a questões supersticiosas ou sexuais, em um tempo em que as mulheres que fugiam dos padrões eram bastante perseguidas. A explicação para tal questão é lógica, quando se associa o teor dos crimes ao contexto histórico em que eram previstos – a Igreja Católica, em um momento de grande poder, determinava os paradigmas morais e éticos a serem seguidos pela sociedade, além de estabelecer, também, punições para aqueles que neles não se enquadrassem³.

Dessarte, por a Igreja apresentar-se, à época, como ferrenha defensora da mulher submissa, obediente, cuja vida se pautava somente nos cuidados à família, influenciou o Estado a estabelecer, como crimes, condutas que se

²BUGLIONE, Samantha. A face feminina da execução penal. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 19, n. 20, p. 251, 1998.

³HOFFMAN, Mauro da Silva. O domínio ideológico da igreja durante a alta idade média ocidental. *Revista Historiador*. Especial número 1. Ano 3, Jul./2010. Disponível em: <<http://www.historialivre.com/revistahistoriador>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

desviassem, de alguma forma, desse padrão. Assim, a prisão, em um primeiro momento, mostra-se, para a mulher, não só como um instrumento de punição, como se faz para o homem, mas, também, como uma tentativa de controle social, condenando condutas não necessariamente deletérias ao patrimônio ou à integridade de outrem, mas que contrariavam o que era determinado como papel social a ser desenvolvido por aquele gênero.

Entre os séculos XVIII e XIX, começa-se a registrar a necessidade de separar e de classificar os detentos de ambos os sexos através de critérios mais científicos. Dessa forma, outras maneiras de categorização, como idade, tipo de delito, pena e conduta no presídio tornam-se um novo tipo de fator distintivo. Já existiam, àquela época, detentas mães, inclusive gestantes, mas não há registros da forma como elas eram tratadas⁴.

A trajetória da mulher no cárcere, portanto, reflete, perfeitamente, sua história fora dele. A mulher, que já sofre preconceitos na sociedade, tem essa carga discriminatória potencializada ao se tornar uma detenta.

Nas últimas décadas, com a inserção feminina na economia e no mercado de trabalho, ampliou-se a gama de funções que as mulheres podem exercer, inclusive no crime. Como consequência, aumenta progressivamente o encarceramento feminino. Um levantamento do Ministério da Justiça, realizado em junho de 2014, mostrou que essa população carcerária subiu de 5.601 para 37.380 detentas entre 2000 e 2014, um crescimento de 567%⁵.

Homem e mulher guardam inúmeras diferenças, sejam biológicas ou sociais. A mais marcante, todavia, e que alicerçou grande parte dos abismos existentes entre esses gêneros, é a capacidade de gerar filhos. Isso vai repercutir no mundo carcerário, uma vez que, observando-se o considerável aumento da população feminina, a questão da gravidez ganha relevância, abrindo espaço ao debate em torno do tema, fomentando a discussão acerca do futuro – e do presente – de tantas crianças sendo geradas em um dos ambientes mais marginalizados da teia social.

3 Dados numéricos

A fim de entender melhor o tema, faz-se necessário um breve aparato numérico das prisões do Brasil e, em particular, da Paraíba.

⁴FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. *Prisão, tráfico e maternidade*: um estudo sobre mulheres encarceradas. 2013. 238 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

⁵POPULAÇÃO carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Atualmente, o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo. Segundo o Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro, em 2014, havia 607.731 presos no país, sem contar com as 147.937 pessoas que se encontram em regime de prisão domiciliar⁶, ou seja, totalizam-se 775.668 indivíduos privados de liberdade.

Quando se trata do sexo feminino, o Brasil é o quinto país do mundo em população de mulheres encarceradas, menor apenas que os Estados Unidos, a China, a Rússia e a Tailândia. São 37.380 mulheres encarceradas no país, o que representa 6,4% da população de presos. Enquanto, entre 2000 e 2014, a população de homens encarcerados teve um aumento de 220%, no mesmo período, a população feminina teve o crescimento significativo de 567%. Durante esses quatorze anos, a taxa total de aprisionamento aumentou 119%, enquanto a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou 460%, saltando de 6,5 mulheres presas para cada 100 mil mulheres, em 2000, para 36,4, em 2014⁷.

No âmbito regional, o número de presos na Paraíba é de aproximadamente 12.000⁸. Em 2007, o número de presidiárias era de 271, no Estado, e o de homens presos, 7.833. Já em 2014, o número de apenadas passou para 520, e o de apenados saltou para 9.076. Assim, a variação entre a taxa de mulheres nos presídios da Paraíba, no período de 2007-2014, foi de 92%, enquanto essa mesma taxa entre os homens variou cerca de 16%. Esses números mostram claramente o aumento vultoso da criminalidade, entre as mulheres, durante os últimos anos.

A Lei de Execução Penal⁹ determina a separação de estabelecimentos prisionais em femininos e em masculinos. Segundo dados do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), em junho de 2014, existiam 1.420 prisões do sistema estadual. Desse número, 75% destinadas à população masculina; 7%, à população feminina e 17% destinadas a ambos os gêneros. Em âmbito estadual, no ano de 2014, na Paraíba, havia três estabelecimentos prisionais exclusivamente femininos, dois mistos e 73 masculinos. É importante ressaltar que essa separação é essencial, visto que a promoção de políticas públicas geralmente é diferente para cada sexo.

⁶MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Estudo inédito traça perfil da população penitenciária feminina no Brasil. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-tracaperfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

⁷ALESSANDRA, Karla. *Dados mostram aumento da população carcerária feminina*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/529913-DADOSMOSTRAM-AUMENTO-DA-POPULACAO-CARCERARIA-FEMININA.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁹BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Em maio de 2009, a Presidência sancionou a Lei N^o 11.942¹⁰, que garante às presidiárias grávidas e aos seus filhos recém-nascidos acompanhamento médico no pré-natal e no pós-parto, além de berçário e de creche para filhos de até sete anos. Contudo, no Brasil, apenas 34% dos estabelecimentos prisionais femininos dispõem de estrutura com dormitório adequado para as gestantes e para as mães de recém-nascidos. Além disso, no tocante aos berçários, apenas 32% das unidades femininas dispõem desse espaço.

A questão da adoção de políticas públicas voltadas às presidiárias grávidas e com recém-nascidos torna-se, portanto, relevante, uma vez que 27% da população carcerária feminina se encontra na faixa etária de 18/24 anos, idade propícia à reprodução humana.

4 Arcabouço legal

Produto direto das políticas voltadas ao tema da gravidez no sistema carcerário, a Lei n. 13.434¹¹ acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei n^o 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a fim de vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e durante a fase de puerpério imediato.

A simples introdução da norma no ordenamento revela uma demanda a ser suprida por ela, ou seja, que esse tipo de prática ainda se fazia presente no cotidiano carcerário brasileiro. É ponto pacífico que a dor do parto é lancinante, sendo pouco provável, pois, que uma mulher pudesse cometer um ilícito ou uma tentativa de fuga nessa situação. O ato de algemar alguém, nessa conjuntura, conseqüentemente, mostra-se tanto desumano, como ilógico – o que está previsto no teor do próprio projeto que deu origem a essa lei¹².

A questão, no entanto, ao contrário do que o caso supracitado parece denunciar, pode ser entendida como uma problemática de inaplicabilidade de normas¹³, e não de ausência delas. A legislação direcionada à questão dos

¹⁰BRASIL. Presidência da República. Lei n^o 11.942, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.html>. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹¹BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n^o 13.434, de 12 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13434.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

¹²BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n^o 4.176 de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=271CAD1157C9BD5571B9DFFD6D457968.proposicoesWebE xterno1?codteor=1425711&filename=PL+4176/2015>. Acesso em: 13 ago. 2017.

¹³SITUAÇÃO dos presídios brasileiros é um 'absoluto desastre', aponta a HRW. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/13/interna_politica,839159/situacao-dospresidios-brasileiros-e-um-absoluto-desastre-aponta-a.shtml>. Acesso em: 23 ago. 2017.

presidiários pode ser verificada em diversas partes do ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição, mais geral, até a Lei de Execução Penal, voltada exclusivamente à população carcerária.

A proteção constitucional à maternidade no sistema prisional pode ser verificada, por exemplo, em seu artigo 5º, parágrafo L, o qual prevê que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação¹⁴.

Quando se fala em dispositivos normativos ligados ao cumprimento das penas, no entanto, o mais emblemático é a Lei de Execução Penal (LEP). Essa Lei foi alterada em 2009, com o objetivo, justamente, de assegurar às mães presas – inclusive às gestantes – e aos recém-nascidos as condições mínimas de assistência¹⁵.

Dessa forma, acrescentou-se um parágrafo 3º ao artigo 14 da Lei nº. 7.210¹⁶, de 11 de julho de 1984, o qual determina que “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”. Pode-se raciocinar, a partir da interpretação do dispositivo, no sentido de que a proteção empenhada pelo Estado ao recém-nascido, nesse contexto, é de fundamental importância. Ora, se a própria Constituição prevê a individualização da pena, ou seja, a garantia de que ela não ultrapassará a pessoa do apenado, não faz sentido resguardar, a recém-nascidos ou àqueles que ainda nem sequer nasceram, menos direitos, apenas por terem sido gerados no cárcere. Dessarte, estabelece-se a obrigatoriedade de disponibilização de atendimento médico, no momento da gestação ou do pós-parto.

Além disso, foi somado ao texto original, também, o parágrafo 2º do artigo 83, que garante que os estabelecimentos prisionais voltados às mulheres devem contar com berçários, onde elas poderão cuidar dos filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade, confirmando-se, portanto, o Direito já garantido pela Constituição. Outrossim, o artigo 89 passou a vigorar com redação que garante que “a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir à criança desamparada cuja responsável estiver presa.”.

Os três artigos são chaves na legislação voltada a gestantes encarceradas, e foi justamente tomando-lhes, como paradigmas, que foi feita a análise das políticas do Presídio Júlia Maranhão neste trabalho – sendo, portanto, o arcabouço jurídico.

¹⁴Ibidem. Nota 1.

¹⁵BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.html>. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹⁶Ibidem. Nota 15.

5 Análise do Presídio Júlia Maranhão

O Centro de Reeducação Feminina Maria Júlia Maranhão não é, nem de longe, cinematográfico. Ter essa característica pode parecer negativo para a maioria das coisas, mas, no caso de uma penitenciária, mostra-se um elogio. Enquanto o cinema e a teledramaturgia mostram presídios sujos e escuros, ambientes que parecem ser, no mínimo, claustrofóbicos, o Júlia Maranhão emerge no sentido oposto.

Localizada no bairro de Mangabeira, a penitenciária divide espaço com outras duas, formando, assim, um complexo prisional. Nossas visitas se deram em duas tardes. A presteza com que fomos recebidas pela Diretora do Centro, a agente Mirtes Daniele da Silva, disfarçou, de alguma forma, a ausência de pompa da entrada, representada tão somente por uma pequena porta azul de ferro, com uma abertura na altura dos olhos.

A presteza da Diretora, aliás, não foi isolada – a visita foi viabilizada pelo próprio Secretário do Sistema Prisional, que, em poucos dias, autorizou sua realização,

A estrutura do presídio não remete à famosa teoria do “panóptico”, de Jeremy Bentham¹⁷, em que uma portaria central possibilitaria aos carcereiros ver tudo que se passa nas celas. Há um ambiente coberto e amplo, onde se concentram alguns dos agentes. Lá, eles desenvolvem atividades como receber advogados, visitantes e objetos trazidos às presas. Dali, vislumbra-se um corredor, à esquerda, com portas de salas, onde, supõe-se, se desenvolvem as atividades burocráticas e onde, também, fomos recebidas pela Diretora.

Desse ambiente inicial, vê-se um enorme descampado separado por um grande muro cinza e quatro casas ao longe, duas em cada lado do muro. Ali, é, de fato, a carceragem.

A capacidade do presídio é relativa. Isso porque alguns órgãos a medem por número de camas, enquanto outros levam em consideração o tamanho das celas. Segundo a Diretora, porém, ela varia entre oitenta e 120 vagas. Daí, emerge a que talvez seja a grande problemática do presídio atualmente – sua ocupação é de 322 detentas, sendo 133 presas provisórias; 130, presas sentenciadas; 41, no regime semiaberto, e 18¹⁸, no aberto. Percebe-se, portanto, um elevado nível de superlotação, o que, obviamente, ocasiona outros problemas.

¹⁷BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. (Organização e tradução de Tomaz Tadeu da Silva).

¹⁸As informações aqui constadas referentes a dados numéricos e à dinâmica de funcionamento do presídio foram fornecidas pela diretora Mirtes Daniele da Silva.

Mesmo com esse empecilho, a organização é feita metodicamente: nas casas do lado esquerdo do muro, concentram-se as presas mantidas em regime aberto e semiaberto, além daquelas que desenvolvem alguma atividade laboral no presídio. Do descampado, nascem pequenas mudas onde algumas detentas, vestidas com camisetas brancas e bermudas roxas, trabalham.

A horta é uma das atividades laborais que elas podem desenvolver durante seu tempo de detenção. Além dela, há, também, a possibilidade de trabalhar na manutenção do próprio presídio ou na oficina batizada de “Castelo de Bonecas”, onde as presidiárias costuram bonecas e outros produtos de tecido para doação ou para venda. No segundo caso, elas ganham, inclusive, 50% do valor arrecadado. Dentro de um ambiente de paredes lilases e de prateleiras cheias de bonecas coloridas, em torno de dez mulheres costuram em máquinas relativamente novas. Com a nossa chegada, todas foram muito amistosas e demonstraram, com certo orgulho, os produtos que desenvolviam.

Todas as detentas que cruzaram nosso caminho, aliás, demonstraram a mesma educação. Cumprimentam-nos, conversam com a Diretora sobre alguma questão do dia a dia. As relações e o ambiente prisional, à primeira vista, parecem funcionar na mesma dinâmica do que ocorre fora dele. Essa impressão chega a tal nível que, em determinados momentos, esquece-se de que se está em uma cadeia, algo que é rapidamente lembrado pela onipresença das agentes, o comportamento padrão das presas de colocar as mãos para trás, a impossibilidade de entrar portando bolsas e outros objetos.

A Diretora nos explicou que, para atender às necessidades das gestantes e das mães com filhos, foi criada a cela berçário. Trata-se de uma casa do lado esquerdo do muro. É importante ressaltar que essa cela é totalmente apartada, possibilitando, justamente, a completa segregação dessas presas e de seus filhos das outras detentas.

A entrada dá para uma cozinha com fogão, bancada, mesa e todos os itens básicos. À esquerda, um banheiro amplo e um quarto com alguns beliches, berços e cômodas, cheios de lençóis coloridos de personagens da *Disney* e de outros desenhos infantis. Do outro lado da cozinha, um quarto ainda maior, com a mesma disposição: beliches, berços e cômodas. Sobre as cômodas, chupetas e fraldas. De fato, materialmente, percebe-se que a assistência a essas presidiárias é eficaz – algo que, posteriormente, foi confirmado pelas atuais moradoras da cela.

5.2 Políticas de pré-natal e de pós-nascimento

A Lei de Execução Penal (LEP) determina o acompanhamento médico às encarceradas grávidas, especialmente no pré-natal e no pós-

parto. Esse cuidado se estende também aos recém-nascidos¹⁹. Dessa forma, analisou-se se ocorre, no Presídio Júlia Maranhão, o cumprimento desse dispositivo e como ele ocorre. Assim, a Diretora explicou como se dão os procedimentos ligados a essa questão. De acordo com ela, todo o acompanhamento da gravidez é realizado na Maternidade Frei Damião, inclusive o parto.

Há, dentro da penitenciária, a Unidade de Programa de Saúde Penitenciária (PSP), que engloba profissionais da saúde, como enfermeiro, médico, psicólogo, assistente social e dentista. A médica está presente de segunda-feira a sexta-feira, no turno da manhã, para atender qualquer necessidade das apenadas. Quando se trata das grávidas, contudo, o tratamento requer exames mais complexos e um acompanhamento especial, por isso elas são levadas periodicamente à Maternidade Frei Damião. Geralmente, essas consultas ocorrem uma vez por mês, mas, segundo a Diretora, caso elas sintam qualquer dor ou tenham qualquer problema, elas são imediatamente direcionadas à maternidade. O mesmo ocorre com os recém-nascidos.

Dessa forma, percebe-se que o parágrafo 3º do artigo 14 da Lei de Execução Penal²⁰ é integralmente cumprido no presídio em questão, uma vez que ocorre acompanhamento médico periódico às gestantes e às crianças.

Um aspecto relevante e positivo do presídio é que, de acordo com a Diretora, uma vez encarceradas, a gravidez das mulheres é automaticamente entendida como de alto risco. A gestação de alto risco é assim chamada, quando há fatores que aumentem as chances de haver complicações durante a gestação ou no parto, colocando a vida da mãe ou da criança em risco²¹. Não há dúvidas de que uma gestação, dentro de um presídio, enquadra-se perfeitamente nessa concepção, uma vez que, todos os dias, as apenadas estão sujeitas a situações adversas.

Na Penitenciária Feminina Maria Júlia Maranhão, a maior parte das encarceradas grávidas já chega ao presídio dessa maneira. É raro que elas engravidem em virtude das visitas íntimas, proporcionadas uma vez por semana. Isso ocorre, porque, assim como na maioria dos outros casos,²² grande parte

¹⁹Ibidem. Nota 15.

²⁰Ibidem. Nota 9.

²¹GESTAÇÃO de alto risco: manual técnico. 5. ed. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, 2010.

²²ABANDONO é a principal diferença entre mulheres e homens na cadeia, diz Dráuzio Varella. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/abandono-e-a-principal-diferenca-entremulheres-e-homens-na-cadeia-diz-drauzio-varella.ghtml>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

delas acaba sendo abandonada pelos seus companheiros. De acordo com a Diretora, apenas dez, do total de 322 apenadas, recebem visitas íntimas de seus cônjuges do sexo masculino.

Quando as reclusas ingressam no presídio, passam por uma triagem na unidade de saúde. Caso seja constatada a gravidez, elas são levadas à cela de nº. 15, o já citado berçário, próprio para as gestantes e para as lactantes, com seus bebês. A partir de então, inicia-se a política de pré-natal. Dessa forma, pode-se atestar o cumprimento do parágrafo do artigo 83 da Lei de Execução Penal, o qual prevê, justamente, a criação de um espaço apartado, onde as mães possam ficar com as crianças nos primeiros seis meses de vida.

A exemplo do que ocorre normalmente, ou seja, fora do cárcere, no início da gestação, o espaço de tempo entre uma e outra ida à maternidade é mais longo, visto que há menos necessidade. Com o desenvolver do feto e com a aproximação do parto, as visitas à maternidade tornam-se mais frequentes, para que os exames, como o de ultrassom, sejam realizados.

No caso de qualquer intercorrência, como uma dor ou um sangramento, durante esse período da gestação, as grávidas reclusas são levadas imediatamente à maternidade.

Quando chega o momento de dar à luz, a gestante é levada à maternidade por algum agente da penitenciária. É importante ressaltar que, desde a saída da prisão, até depois do parto, as reclusas não são algemadas.

No pós-parto, tanto a mãe como o recém-nascido são acompanhados pela médica que se encontra diariamente na penitenciária. Assim, é dado a eles todo o acompanhamento necessário durante os seis meses após o nascimento da criança. De acordo com a diretora do presídio, o mais comum é que a criança só permaneça dentro do presídio durante o tempo mínimo previsto em Lei, ou seja, os seis meses de idade. Depois, ela geralmente é entregue a algum membro da família.

Segundo a Diretora, porém, o número de detentas grávidas tem sido reduzido drasticamente desde o advento da audiência de custódia, que, ao agilizar o processo judicial como um todo, coloca a gravidez como um fator favorável à manutenção da liberdade da ré. Dessa forma, mesmo sendo o único presídio feminino da cidade, o Júlia Maranhão, atualmente, possui apenas uma grávida entre suas detentas, e duas mães com filhos pequenos.

5.3 Casos concretos

Para entender como funciona essa dinâmica como um todo, no entanto, foi necessário, também, observar qual é a visão de quem é protagonista nesse contexto, ou seja, das presidiárias que, hodiernamente, recebem

esse tratamento na penitenciária, seja por estarem grávidas, ou por terem filhos com elas na prisão.

Conversamos com as três detentas que, à época, ocupavam a cela berçário do Júlia Maranhão. Na frente da cela, sob os olhos atentos de uma agente, duas detentas encontravam-se sentadas em um banco de concreto, uma delas, com uma menina muito pequena nos braços. A terceira permanecia em pé, com outra criança, balançando e brincando.

“Esse não é meu, é dela” - diz Vanessa, entre risadas, apontando para uma das colegas que estavam sentadas. Os nomes aqui colocados são fictícios, a fim de proteger as identidades das presidiárias e das crianças. De fato, a criança que Vanessa balança não é a sua – a dela ainda estava no útero.

Vanessa tinha 23 anos, estava há quinze dias na penitenciária, com cinco meses de gestação. Explicou que já havia agendado para começar os exames de pré-natal, mas que seus planos haviam sido modificados pela sua prisão. Ao ser presa, foi levada à Central de Polícia, onde teve um sangramento devido ao estresse. Diante disso, segundo ela, a remoção para a maternidade fora imediata, onde obteve atendimento médico.

Apesar de já ter a perspectiva de começar o pré-natal disponibilizado pelo presídio na Maternidade Frei Damião, ela explica que ainda não obteve sua sentença e que, por isso, acredita ter chances de sair antes do parto. No entanto, quando questionada acerca de seu cotidiano no presídio, fala que tem um dia a dia muito tranquilo, que as situações de estresse por que passa são advindas da convivência, mas nunca de algum problema estrutural ou material.

A mesma opinião é compartilhada pela segunda detenta que entrevistamos, Raquel, com 29 anos. Mãe de cinco filhas, ela conversava conosco enquanto olhava para sua caçula, Manuela, que a agente segurava nos braços.

Raquel nos conta que estava há quatro meses no presídio. Após ser detida, passou pela Audiência de Custódia, mas não sabia ainda que estava grávida. Só descobriu, de fato, ao ser transferida para a penitenciária, onde os exames médicos apontaram uma gestação já avançada, de seis meses.

A partir daí, a detenta conta que começou o tratamento pré-natal na maternidade, onde ela fazia visitas mensais. Com a proximidade do parto, no entanto, essas visitas foram-se intensificando, até que, em uma delas, os médicos perceberam que as contrações já estavam acontecendo, então, foi realizado o parto.

De acordo com Raquel, ela teve um problema pós-operatório, em que os pontos da cirurgia obstruíram. Assim, seu tratamento na maternidade foi prolongado, além de ela ser medicada por quinze dias. Dessa forma, percebe-se que o acompanhamento médico fornecido pelo presídio não se limita à gestação.

Segundo Raquel, o cotidiano dela e de Manuela, que, naquele dia, completava 23 dias de nascimento, era tranquilo. Por ter transcorrido pouco tempo desde o parto, ela evitava qualquer movimentação, dizendo ficar muito deitada, assistindo à televisão. Quanto à filha, a detenta diz que a menina dormia frequentemente, chorava pouco e não demonstrava nenhum sinal de estresse.

Raquel fala muito na filha, dizendo que o tempo a sós com ela fez muita diferença, pois, apesar de ela ter outras quatro, essa era a segunda com quem ela tinha proximidade de fato, uma vez que se encontrava sozinha no cárcere.

Muito embora repita, diversas vezes, em sua fala, seu desejo de deixar a penitenciária, ela interpreta seu tempo ali como necessário, para ela, uma ação de Deus a fim de que ela refletisse acerca das escolhas erradas feitas anteriormente. “Quando sair, quero ir direto para uma clínica de reabilitação”. Nesse ponto da conversa, ela chora e diz que, por mais que nada material falte no presídio, ela sente muitas saudades das outras filhas e que deseja muito voltar para casa.

Essa é uma opinião, aliás, expressa, também, pela terceira detenta da cela: Amanda, mãe de Felipe, de três meses. Chegando à penitenciária já gestante, todo o seu acompanhamento pré-natal e parto foram realizados durante o cumprimento de sua sentença. Ela também diz que, materialmente, elas são supridas com todos os objetos básicos de que necessita a criança, ratificando, inclusive, que a assistência de que elas dispõem na prisão é, muitas vezes, melhor que fora. A liberdade, para ela, contudo, é mais atrativa, pois ela possui outros dois filhos. Com uma sentença de treze anos, ela esperava, na audiência subsequente, conseguir a liberdade em decorrência do nascimento do filho. Caso não a obtivesse, todavia, planejava entregar o filho a familiares e ir morar no outro lado do presídio, na parte em que são desenvolvidas as atividades laborais. Disse que desejava trabalhar na costura das bonecas, pois sentia muito medo de morar no pavilhão onde se encontram as presidiárias do regime fechado que não têm nenhum mister.

Além disso, as três elogiam bastante a administração do presídio, dizendo que o tratamento dado a elas e às crianças busca, ao máximo, respeitar suas individualidades, por mais que a Lei seja generalizada. Outrossim, falam das doações recebidas, que, de acordo com elas, são muitas.

Um fato relevante, ao analisar a conjuntura em que essas presidiárias estão inseridas, é observar que, como as três disseram, materialmente falando, elas não possuem nenhuma queixa. A estrutura da cela é espaçosa, elas dispõem de todos os objetos necessários não só para si, mas para as crianças, além de contarem com atendimento médico. A superlotação das celas, comum

no Brasil e presente no próprio presídio analisado, não faz parte da realidade delas, nem os problemas advindos da convivência com inúmeras outras presas dos mais diversos perfis.

Dessa forma, as problemáticas que não possuem ligação com a maternidade, enfrentadas por essas mulheres, no cárcere, não são acarretadas por problemas estruturais da penitenciária, mas, sim, pelo ato de estarem presas em si.

É interessante observar que, além de as políticas obstétricas e pediátricas do presídio serem eficazes, tal diferença de tratamento entre as presidiárias com filhos e as outras criou uma realidade que não é facilmente observada no Brasil – a da prisão ideal, em que as questões enfrentadas pelas detentas são efeitos do cumprimento da pena, e não da escassez e das inúmeras faltas de que um presídio padece normalmente, dificultando a ressocialização e suscitando a reincidência.

Dessa forma, essas presidiárias falam muito mais da prisão como um ambiente de reflexão acerca do passado, de arrependimento e de desinteresse em voltar para o crime. É evidente que muitas atribuem essas mudanças ao fato de estarem ali com seus filhos pequenos ou nem nascidos, e é lógico que a situação as influencia de maneira positiva. É fato também, porém, que o que se vê naquela cela é um cenário exemplar, a realidade prisional que a Lei descreve.

Assim, vendo os resultados positivos no discurso dessas mulheres, é possível, inclusive, que se realize uma comparação numérica do grau de reincidência das detentas habitantes daquela cela, que consiste em uma prisão “ideal”, em comparação com as outras. Daí, poderia ser possível, até mesmo, extrair informações bastante relevantes, a fim de solucionar algumas questões ainda polêmicas, procurando descobrir, por exemplo, se a alta taxa de retorno à criminalidade parte da falência do modelo prisional de maneira geral, ou das profundas falhas estruturais que as penitenciárias brasileiras possuem.

6 Conclusão

A partir da busca híbrida entre conhecimento teórico e empírico, a pesquisa em questão objetivou mostrar como as leis ligadas à gestação no cárcere se cumprem no Centro de Reeducação Feminina Maria Júlia Maranhão.

Através dos dados anteriormente citados, pode-se perceber o aumento considerável da taxa de criminalidade, entre as mulheres, durante os últimos anos. Essa situação demanda um olhar mais atento para as políticas

voltadas aos presídios femininos do país. Em especial, uma visão governamental que busque garantir a execução da lei voltada às gestantes e às mães presidiárias.

A partir da pesquisa empírica realizada no Centro de Reeducação Feminina Maria Júlia Maranhão, na Paraíba, foi possível concluir que o presídio se apresenta de forma organizada e funcional. Concluiu-se, pois, que os artigos 14 e 83 são integralmente cumpridos nessa penitenciária. Dessa forma, as gestantes e as mães com recém-nascidos recebem todo o suporte material e o acompanhamento médicos necessários.

Ainda é necessária, contudo, a criação de políticas públicas que visem à garantia do artigo 89 da LEP, o qual determina a existência de uma creche dentro do estabelecimento prisional, o que ainda não existe no Júlia Maranhão.

Ademais, nota-se que o advento da Audiência de Custódia reduziu drasticamente o número de gestantes no presídio analisado, o que é algo inegavelmente positivo, tanto para a mãe, como para a criança.

Referências

BUGLIONE, Samantha. A face feminina da execução penal. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 19, n. 20, p. 251, 1998.

BUSS, Paulo Marchior; PELLEGRINI FILHO, Alberto. A Saúde e seus Determinantes Sociais In: *Revista Saúde Coletiva Physis*. Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.176/2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=271CAD1157C9BD5571B9DFFD6D457968.proposicoesWebExterno1?codteor=1425711&filename=PL+4176/2015>. Acesso em: 13 ago. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13434.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. Presidência da República. *Lei Nº 11942, de 28 de maio de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.html>. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. Presidência da República. *Lei Nº 7210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

FERNANDES, Waleiska. População carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. *Prisão, tráfico e maternidade: um estudo sobre mulheres encarceradas*, 238 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

GUILHERMANO, Thais Ferla. *Fatores associados ao comportamento criminoso em mulheres cumprindo pena em regime fechado na Penitenciária Feminina Madre Pelletier*. Porto Alegre: PUCRS, 2000. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul, set. 2000.

HOFFMAN, Mauro da Silva. O domínio ideológico da igreja durante a alta idade média ocidental. *Revista Historiador*. Especial número 1, ano 3. Jul./2010. Disponível em: <<http://www.historialivre.com/revistahistoriador>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Estudo inédito traça perfil da população penitenciária feminina no Brasil. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Gestação de alto risco*: manual técnico. 5. ed. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estruturadas, 2007, 2010.

RAPHAEL-LEFF, Joan. *Gravidez: a história interior*. Traduzido por Rui Dias Pereira. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho
Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

Vinícius de Miranda Henriques Serpa
Advogado

Resumo

Este trabalho tem por escopo apresentar e explicar o papel do Ministério Público Estadual na seara da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a qual confere ao *Parquet* possibilidades de atuação no combate à corrupção, envolvendo pessoas jurídicas. Primeiramente, parte-se de uma análise ampla da origem do citado diploma legal, para, em seguida, abordarem-se os seus principais dispositivos. Por fim, após as sintéticas noções expostas, chega-se ao cerne do presente estudo, que consiste na apresentação, sem qualquer pretensão exaustiva, da atuação extrajudicial e judicial que o Ministério Público Estadual pode/deve desempenhar no âmbito da Lei Anticorrupção, reforçando-se sua missão institucional de tutelar o patrimônio público.

Palavras-chave: Lei anticorrupção. Pessoa jurídica. Ministério Público Estadual. Proteção. Patrimônio público.

Abstract:

This work aims to present and explain the role of the State Public Prosecution Service in the field of Law nº 12.846/2013 (Anti-Corruption Law), which gives the *Parquet* possibilities to act in the fight against corruption involving legal entities. Firstly, the study begins with a broad analysis of the origin of the mentioned legal diploma and then will approach its main articles. Finally, after the synthetic notions exposed, arrive at the core of this work, which consists in the presentation, without any exhaustive pretension, of the extrajudicial and judicial action that the State Public Prosecution Service can-must carry out under the Anti-Corruption Law, reinforcing its institutional mission to protect the public patrimony.

Key words: Anti-Corruption law. Legal entity. State public prosecution service. Protection. public patrimony.

1 Introdução

Atualmente, não há dúvida de que a corrupção é a maior chaga do Brasil, mostrando-se como um grande entrave para o desenvolvimento econômico-social do país. Nesse norte, a Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção (LAC) e Lei Empresa Limpa, foi editada com o fim de reforçar o combate à corrupção, permitindo a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas privadas (especialmente empresas) por atos de corrupção. Trata-se de uma lei de forte origem internacional, sendo seu o fundamento internacional direto o Artigo 26 da *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*.

O presente estudo tem por escopo apresentar e explicar, sem pretensão de exaurir o tema, o papel (a atuação) extrajudicial e judicial do Ministério Público Estadual no âmbito da Lei Anticorrupção. Cuida-se de um tema relevante, pois o Ministério Público deve conhecer e aplicar a lei em testilha ao máximo, para que possa eficientemente exercer sua função institucional de proteger o patrimônio público.

Nessa trilha, valendo-se do método pesquisa doutrinária, este trabalho partirá da análise da natureza jurídica e dos fundamentos constitucionais da Lei nº 12.846/2013, para depois abordar brevemente os seus principais pontos, sob a ótica da atuação ministerial; por fim, no terceiro tópico, serão expostas e comentadas as funções/atuações extrajudiciais e judiciais que o *Parquet* estadual pode/deve desempenhar na seara da Lei Empresa Limpa. Tudo isso para que a instituição possa tutelar de forma mais profícua o patrimônio público, verdadeiro direito difuso (espécie de direito metaindividual). No mesmo norte, prega Eduardo Cambi, ao pontuar que tal lei deve ser bem compreendida e usada pelo *Parquet*, para que os efeitos nocivos da corrupção sejam minimizados na sociedade brasileira¹.

2 Natureza jurídica e fundamentos constitucionais

Antes de se abordar os principais aspectos da Lei nº 12.846/2013 e a atuação que ela possibilita ao *Parquet* estadual na proteção ao patrimônio público, faz-se mister tratar brevemente acerca da natureza jurídica e dos fundamentos constitucionais de validade do referido diploma legal.

¹CAMBI, Eduardo. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/2013. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*. Brasília, n. 4, 2014, p. 13.

Da leitura da ementa e do art. 1º, *caput*,² infere-se claramente que a lei em apreço possui natureza jurídica civil (em sentido amplo) e não penal, até porque o ordenamento jurídico pátrio somente prevê, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais (com base no art. 225, §3º, da Lei Maior de 1988). Não é outra a conclusão a que chegam Rogério Sanches e Renee Souza em sua substancial obra sobre o tema, lastreados no fato de a Lei Anticorrupção trazer em seu bojo conceitos jurídicos oriundos do direito administrativo, do direito civil e do direito empresarial, além do fato de as sanções nela previstas para os atos ilícitos de corrupção serem de cunho essencialmente civil³.

Na mesma trilha e igualmente sob a ótica das reprimendas previstas, Sidney Bittencourt igualmente sustenta a natureza civil da lei em testilha, quando afirma que

Conforme explicitado nos comentários ao artigo anterior, a Lei 12.846/2013, seguindo uma tendência internacional, procura responsabilizar a empresa que tenha sido considerada corruptora, adotando penalizações administrativas e civis. As sanções previstas ocupam as esferas administrativa e cível, e não penal, professando uma orientação universal de ampliação e predomínio da jurisdição administrativa sobre a penal⁴.

Assim, pode-se asseverar que se trata de uma lei de caráter civil (*lato sensu*), que dispõe sobre a responsabilização objetiva, administrativa e civil, de pessoas formais (especialmente sociedades empresárias) que tenham praticado atos de corrupção em face da administração pública nacional ou estrangeira.

Outra importante premissa para o presente estudo reside nos fundamentos constitucionais de validade da Lei Anticorrupção (LAC). Além das várias convenções internacionais que abordam o combate à corrupção e que servem de substrato na ordem jurídica internacional, a Constituição da República, na ordem jurídica interna, fornece um conjunto de dispositivos (sejam normas princípio ou normas regra) que fundamentam a validade e a eficácia do ato normativo em tela.

²Art. 1.º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. (...).

³CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. *Lei anticorrupção empresarial*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 21.

⁴BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à lei anticorrupção: Lei 12.846/2013*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 46.

Conforme Rogério Sanches e Renee Souza, além do art. 37, *caput*, e §4º, da Lei Fundamental, dos quais se extraem princípios e regras que informam e protegem a administração pública em geral, mostra-se adequado apontar ao menos três fundamentos constitucionais da LAC: os sistemas de controle interno e externo da administração pública em geral (arts. 31, 70 e 74), o Princípio da Função Social da Empresa (art. 170, III, c/c art. 5º, XXIII) e, principalmente, o chamado direito fundamental à probidade administrativa⁵.

Este último substrato constitucional de validade da Lei nº 12.846/2013, qual seja, o direito fundamental à probidade administrativa, de acordo com parcela da doutrina, consiste em um direito fundamental implícito (de terceira dimensão), de natureza difusa, e que decorre da conjugação dos seguintes comandos da Carta Política de 1988: art. 37, *caput*, e §4º, art. 15, V, art. 14, §9º, e do art. 85, V. Cumpre aqui transcrever as lições de Rogério Sanches e Renee Souza sobre o mencionado direito fundamental:

Adotada a máxima de Robert Alexy de que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, pode-se concluir que a tutela dos princípios constitucionais da administração pública promovida pelo art. 37, §4º, da CF os eleva a categorização de direito fundamental, denominado aqui de direito fundamental à probidade administrativa. A Lei Anticorrupção tem como primeiro fundamento de validade o direito fundamental à probidade administrativa que, por caracterizar-se como direito fundamental, sujeita-se à teoria da horizontalização dos direitos fundamentais. Deste modo, irradia efeitos e tem projeção nas relações entre particulares, seja entre indivíduos que têm relação jurídica com o Estado, seja entre cidadãos usuários de seus serviços estatais⁶.

Por fim, faz-se mister anotar, com base na doutrina de Ingo Sarlet, em obra coletiva com Canotilho, Mendes e Streck, que este direito à probidade administrativa é um direito fundamental implícito (previsto fora do Título II), que é aquele oriundo de outras regras ou princípios constitucionais e que integra o denominado bloco de constitucionalidade por seu conteúdo e significado (fundamentalidade material); sua existência é permitida pela cláusula de abertura material do sistema dos direitos fundamentais do Art. 5º, §2º, da *Lex Mater*⁷.

⁵Ibidem, p. 23-25. Nota 3.

⁶Ibidem, p. 23. Nota 3.

⁷CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1265-1266.

3 Principais pontos da Lei n° 12.846/2013: sucinta análise

Far-se-á abaixo uma sintética análise de alguns dos pontos precípuos da Lei Anticorrupção, com base nos ditames da doutrina e seguindo a ótica da atuação do Ministério Público.

3.1 Responsabilidade objetiva: administrativa e civil

Da leitura conjunta dos arts. 1º, 2º e 3º da LAC, infere-se que ela estabelece a responsabilidade objetiva, administrativa e civil, das pessoas formais privadas que praticarem atos lesivos à administração pública (nacional ou estrangeira). Tem-se que a lei em questão criou duas instâncias cumulativas e independentes de responsabilização (administrativa e civil), as quais adotam, como regra, a teoria da responsabilidade civil objetiva, que é aquela que independe da prova da culpa (*lato sensu*). À exceção, a Lei n° 12.846/2013 utiliza, nessas instâncias, a teoria da responsabilidade subjetiva (que exige prova do dolo ou culpa), para sancionar qualquer pessoa natural coautora ou partícipe do ato ilícito praticado pela empresa; cumpre registrar que esta última será responsabilizada independentemente da responsabilização daquela pessoa física (art. 3º, *caput*, e §1º).

Segundo Gilson Dipp e Manoel Volkmer, a relevância de se ter previsto a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica corruptora reside no fato de exigir-se para sua penalização, administrativa ou civil/judicial, somente a prova da conduta ilícita (comissiva ou omissiva), do nexo de causalidade e do resultado danoso (não necessariamente material), ficando dispensada a comprovação de dolo ou culpa⁸.

Finalmente, vale ainda apresentar, com fulcro nas lições de Sanches e Souza, duas reflexões sobre esse tema: a) essa responsabilidade objetiva foi uma opção política do legislador que visou a suprir a dificuldade e a deficiência, antes verificada, na responsabilização subjetiva das empresas por atos de corrupção; e b) adotada a teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas coletivas apenas não serão sancionadas quando ficar provada a quebra no nexo causal entre a conduta ilícita e o resultado, ou seja, nos casos de culpa exclusiva da vítima, de culpa exclusiva de terceiro e de caso fortuito e força maior⁹.

⁸DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 31.

⁹Ibidem, p. 26-27. Nota 3.

3.2 Sujeitos ativo e passivo dos atos ilícitos de corrupção

Inicialmente, extrai-se do art. 1º, *caput*, e dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei Anticorrupção que podem ser sujeitos passivos dos atos ilícitos nela elencados todos os entes que compõem a administração pública nacional (direta e indireta), bem como os entes integrantes de qualquer administração pública estrangeira. Nesse norte, o art. 5º, §1º, firma o que se deve entender por administração pública alienígena (órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, bem como suas as pessoas formais controladas), e o art. 5º, §2º, equipara àquela as organizações públicas internacionais.

Da interpretação conjunta do art. 1º, p. único, com o art. 2º, da LAC, deduz-se que os sujeitos ativos são as pessoas formais privadas que praticarem, através de pessoa física a elas vinculada, os ilícitos previstos no art. 5º da lei, em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Nessa trilha, aduz André Pimentel que, verificado o cometimento de ato de corrupção no “interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica, estará esta sujeita às punições previstas na Lei, de modo independente e autônomo da responsabilidade, subjetiva, por óbvio, do agente (pessoa física) que atuou em nome ou benefício da pessoa coletiva”¹⁰.

Ademais, as pessoas jurídicas privadas em questão são todas aquelas citadas no art. 44 do Código Civil (em especial as sociedades empresárias), estejam elas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. Também podem ser sujeitos ativos aquelas de origem estrangeira, desde que tenham alguma representação no Brasil (art. 1º, p. único, da LAC). Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, não há mais celeuma, pois o art. 94 da Lei nº 13.303/2016 estatuiu que elas podem ser autoras, ao ter disposto que, com exceção das sanções dos incisos II, III e IV do *caput* do art. 19, as demais sanções da LAC são aplicáveis às empresas estatais e suas subsidiárias.

Apesar de não ser tema unânime, Eduardo Cambi bem sustenta que os atos ilícitos em apreço foram listados exemplificativamente pelo art. 5º da lei em tela; esta conclusão atende aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum - interpretação teleológica - e deriva do fato de a cabeça do dispositivo trazer cláusulas abertas¹¹.

¹⁰PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1º ao 4º da lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.57.

¹¹Ibidem, p.26. Nota 1.

3.3 Do processo administrativo de responsabilização

A responsabilização administrativa da pessoa formal é levada a cabo por meio do chamado Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), que é regido pelos arts. 8º a 15 da Lei Anticorrupção e, em nível federal, pelo art. 2º e seguintes do Decreto nº 8.420/2015 (que a regulamenta no âmbito da União). Vale ressaltar, apesar de o tema ser mais bem analisado em outro item, que as leis gerais de processo administrativo de cada um dos entes federados devem ser aplicadas subsidiariamente aos seus respectivos processos de responsabilização, podendo a lei do processo administrativo federal (Lei nº 9.784/1999) ser utilizada pelos Estados e Municípios que não tiverem legislação própria sobre a matéria.

As sanções administrativas a serem aplicadas às empresas que cometerem atos corruptos, após o exercício do contraditório e da ampla defesa, estão no art. 6º da Lei nº 12.846/2013: multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos, e nunca inferior à vantagem auferida; e publicação extraordinária da decisão condenatória, na forma do §5º do mesmo dispositivo. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a quem cabe deflagrar e julgar o PAR, deve levar em conta os fatores do art. 7º da LAC e o princípio da proporcionalidade, tanto para decidir sobre a aplicação cumulativa (ou não) das citadas sanções, quanto para dosar a multa eventualmente imposta.

Dentre as circunstâncias do art. 7º, mostra-se relevante a do inciso VIII, qual seja, a efetiva existência de procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação de códigos de ética no âmbito da pessoa formal, que é o chamado programa de integridade ou *compliance*. Conforme Sanches e Souza, com apoio em Norberto Bobbio, o programa de integridade consiste em uma técnica de encorajamento, decorrente da função promocional do direito, que tem o condão de atenuar as sanções a serem impostas às empresas que facultativamente o adotarem¹².

É importante lembrar o art. 14 da lei, que traz a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (*Disregard Doctrine*) no bojo do PAR, nos casos de desvio abusivo de finalidade ou de confusão patrimonial. Deve-se acrescentar que o uso desta teoria não está sob reserva de jurisdição, pois tanto o STF (no MS nº 32.494/DF) como o STJ (no RMS nº 15.166/BA) já permitiram sua aplicação direta no plano administrativo.

¹²Ibidem, p.88. Nota 3.

3.4 Acordo de leniência

Colhe-se da doutrina que se cuida de um ato administrativo bilateral e discricionário, de forte caráter instrumental, pelo qual a pessoa coletiva autora de um ato ilícito de corrupção pode mitigar as sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, desde que atendidos alguns requisitos e alcançados certos resultados; ele encontra previsão no art. 16 daquela lei e representa a consensualidade no campo do direito administrativo sancionador.

Em apertada síntese, seus requisitos são: (I) a empresa deve ser a primeira a mostrar interesse em colaborar; (II) a pessoa formal deve cessar inteiramente sua participação no ilícito apurado, a partir da data da propositura do pacto; e (III) o ente privado deve admitir seu envolvimento no ato de corrupção e cooperar plenamente com as investigações e o processo administrativo, até seu termo final. Já os resultados do acordo de leniência devem ser os seguintes: identificação dos demais envolvidos no ilícito, quando couber, e rápida obtenção de informações e documentos que provem o ato investigado. Os efeitos do pacto em questão consistem em isentar a pessoa jurídica da sanção administrativa de publicação da decisão condenatória, e da sanção civil de proibição de receber incentivos (*lato sensu*) ou empréstimos de entes públicos e de instituições financeiras públicas (ou suas controladas), por um a cinco anos, bem como em reduzir, em até 2/3 (dois terços), a multa aplicável.

A LAC prevê somente a legitimidade ativa da autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública para firmar o acordo em exame, sendo ela da Controladoria-Geral da União no âmbito do Executivo federal e na hipótese de ilícitos cometidos contra a administração pública estrangeira. Cabe trazer à baila a pertinente crítica (que será aprofundada em outro ponto) feita por Sanches e Souza ante a ilegitimidade do *Parquet* para firmar o pacto:

Além disso, a não participação do Ministério Público cria um relativo clima de incerteza quanto à validade ou à eficácia do Acordo. A participação do órgão daria ao acordo robustecimento e maior segurança jurídica, principalmente diante da possível responsabilização dos fatos em outras esferas, cuja atuação do Ministério Público é decisiva¹³.

Ainda, com arrimo na boa doutrina de Sanches e Souza, tem-se que o

¹³Ibidem, p. 128. Nota 3.

acordo de leniência pode estipular outras obrigações não previstas na Lei Anticorrupção, a exemplo da adoção obrigatória de um programa de integridade e/ou a reparação do dano moral coletivo e do chamado dano social (novo tipo de dano indenizável e que decorre de comportamentos socialmente censuráveis, os quais solapam o nível social de tranquilidade – STJ. 2ª Seção. Rcl nº 12.062-GO. Rel. Min. Raul Araújo. de 12/11/2014)¹⁴. Em relação à obrigação de reparar integralmente o dano ao erário, quando este se verificar, infere-se da interpretação conjunta do art. 16, §3º, da LAC e do princípio da indisponibilidade do interesse público, que se trata de uma obrigação necessária ou de um requisito implícito do pacto ora sob exame.

3.5 Independência de instâncias: estudo dos arts. 29, 30 e 17

Não obstante ser um tema complexo, cumpre aduzir, de início, que a independência das instâncias de responsabilização (civil, política, administrativa e penal) decorre diretamente da Carta Política e de algumas leis infraconstitucionais, de modo que um mesmo ato pode ser punido em todas as esferas de responsabilidade sem que haja violação ao princípio do *ne bis in idem*. Contudo, essa independência de instâncias não é absoluta, pois há intersecções legalmente previstas (como a dos arts. 65 a 67 do CPP), as quais decorrem, inclusive, da visão unitária do ordenamento jurídico preconizada pela moderna doutrina.

Afere-se que a Lei Anticorrupção expressamente adotou a independência de instâncias como regra, ao ter estatuído, nos arts. 29 e 30, que a aplicação das suas sanções cíveis e administrativas não exclui a responsabilização da pessoa formal, pelo mesmo fato, se este consistir também em infração à ordem econômica, ato de improbidade administrativa e/ou ato ilícito da Lei nº 8.666/1993 ou de outras normas de licitações e contratos. À exceção, constata-se que a LAC traz, em seu art. 17, uma hipótese legal de interpenetração de instâncias (administrativas), ao dispor que o acordo de leniência firmado com a empresa também poderá ter por objeto a isenção ou atenuação das sanções dos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993, quando o ato lesivo também configurar ilícito previsto neste diploma.

Assim, pode-se sinteticamente concluir, com fulcro nas lições de Modesto Carvalhosa¹⁵, Sanches e Souza¹⁶ e, principalmente, Emerson

¹⁴Ibidem, p. 132. Nota 3.

¹⁵CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei n. 12.846 de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 424.

¹⁶Ibidem, p. 164-166. Nota 3.

Garcia¹⁷: a) não há *bis in idem* entre as sanções previstas na LAC e as contidas em outras leis, máxime na Lei n° 8.429/1992; b) o art. 17 da LAC contém um silêncio eloquente quanto à inexistência de efeitos automáticos do acordo de leniência sobre as penas da Lei de Improbidade; e c) ante a falta de previsão legal (exigida para a intersecção de instâncias), o pacto de leniência apenas pode estender seus efeitos para outras instâncias de responsabilização de forma indireta, no sentido de ser ele valorado positivamente (como uma atenuante não escrita) quando da aplicação das respectivas sanções, e não para isentá-las ou atenuá-las.

4 Da atuação extrajudicial e judicial do *Parquet* Estadual na Seara da Lei n° 12.846/2013

Apresenta-se aqui o papel judicial e extrajudicial do *Parquet* no âmbito da LAC.

4.1 Atuação Extrajudicial

A regulamentação infralegal da Lei Anticorrupção por Estados (DF) e Municípios mostra-se como um primeiro papel a ser desempenhado pelos Ministérios Públicos Estaduais (MPes), papel este que não mais é afeto ao Ministério Público Federal na esfera da União, vez que o Decreto Federal n° 8.420/2015 passou a disciplinar a aplicação da LAC. Como se trata de uma lei nacional (e não somente federal), ou seja, com eficácia sobre todos os entes federados, tem-se que Estados e Municípios podem/devem regulamentar a Lei Anticorrupção, para realizarem com maior facilidade e eficiência a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas corruptas; ademais, vale lembrar que a responsabilização civil (judicial) daquelas independe da regulamentação em questão.

Tem-se que essa regulamentação não condiciona a aplicação da lei, e, sim, facilita sobremaneira sua aplicação por Estados e Municípios. Assim, afigura-se relevante ao *Parquet* estadual expedir recomendações ou firmar termos de ajustamento de conduta, no bojo de procedimentos extrajudiciais, para que tais entes disciplinem, via decreto, as minúcias dos processos administrativos de responsabilização e acordos de leniência que vierem a confeccionar. Afere-se que essa regulamentação permitirá uma responsabili-

¹⁷GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro*: potencial incidência no âmbito da Lei n° 8.429/1992. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionadorbrasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>. Acesso em: 30 set. 2017.

zação administrativa mais célere, eficaz e adequada às circunstâncias locais, o que prestigia o Princípio da Eficiência e possibilita uma melhor proteção ao patrimônio público.

Contudo, segundo Kleber Martins, a falta desse disciplinamento por Estados e Municípios não inviabiliza a utilização administrativa da Lei Anticorrupção. Isso porque tais entes podem aplicar subsidiariamente às disposições administrativas da LAC as suas leis gerais de processo administrativo e, na falta destas, a lei do processo administrativo federal (Lei nº 9.784/1999), como já é autorizado pacificamente pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸.

Outra função extrajudicial importante consiste em buscar o *cumprimento “aprimorado” da norma contida no Art. 15 da Lei nº 12.846/2013* pelas administrações municipais e estaduais. Conforme o dispositivo em exame, deve a comissão processante, ao final do PAR, dar conhecimento ao Ministério Público da sua existência, para fins de apuração de eventuais delitos; verifica-se que o mencionado comando legal não impede que essa ciência ao *Parquet* seja feita logo no momento da instauração do processo, atitude esta que se mostra muito mais adequada à efetiva tutela do patrimônio público. Nesse norte, faz-se necessário sustentar aqui, com arrimo em Eduardo Cambi, que a comissão deve informar o Ministério Público sobre a existência do PAR logo na sua inauguração, para que seus membros com atribuições criminais e em improbidade administrativa possam, em sendo o caso, fiscalizar os trabalhos, acompanhar a produção de provas (evitando renovações desnecessárias) e agilizar os correspondentes procedimentos investigatórios¹⁹.

Vê-se como outro viés de atuação extrajudicial dos MPEs a *fiscalização da celebração dos acordos leniência*. De início, cumpre reafirmar que o legislador andou mal ao não ter atribuído legitimidade ao *Parquet* para firmar tais acordos, o que traz insegurança jurídica, máxime porque a empresa investigada não terá a garantia de que o Órgão Ministerial não ingressará posteriormente (inclusive se valendo das provas fornecidas no acordo) com a ação civil de responsabilização. A Procuradoria-Geral da República, nos autos da ADI nº 5.466/DF, teceu a seguinte crítica, reproduzida na obra de Sanches e Souza:

¹⁸ ARAÚJO, Kleber Martins de. Processo administrativo de responsabilização. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 266-267.

¹⁹ *Ibidem*, p. 31. Nota 1.

Apenas o Ministério Público pode ter visão de conjunto dos fatos, por conhecer as investigações criminais, naturalmente mais amplas e com possibilidade de conterem elementos até então sigilosos. Os órgãos de controle interno e externo não têm condição de realizar tal avaliação, devido a seu raio de ação mais restrito do que o do Ministério Público(...)²⁰.

Existem posições doutrinárias (cuja análise não cabe a este estudo, apesar de serem acertadas) pelas quais o Ministério Público pode firmar, até isoladamente, o acordo de leniência, mas o fato é que a LAC assim não previu. Destarte, principalmente frente à maior pressão política que pode haver sobre agentes municipais e estaduais, emerge a atuação extrajudicial do promotor do patrimônio público, que deve, segundo Cambi, fiscalizar a legalidade e a efetividade dos pactos firmados (até porque o sigilo da proposta não é oponível ao MPE), bem como constatar eventual omissão de autoridades na responsabilização da empresa corrupta; verificada a desconformidade do acordo de leniência com o ordenamento jurídico, deve o *Parquet* requerer ao Poder Judiciário, via ação civil pública, a sua anulação²¹.

Outra possibilidade de atuação extrajudicial dos MPEs, relacionada à Lei Anticorrupção, é a *exigência de instituição de programas de integridade (compliance) nas empresas estatais municipais e estaduais*. Isso porque a novel Lei nº 13.303/2016, em seu art. 9º, §1º, determina a adoção obrigatória do *compliance* (enquanto a LAC prevê adoção facultativa) por todas as empresas públicas e sociedades de economia mista nacionais, como uma importante forma de prevenção à prática de atos de corrupção.

Por fim, tem-se que os MPEs podem igualmente, no campo extrajudicial, *velar pela efetividade da norma do art. 27 da Lei nº 12.846/2013*, com o escopo de robustecer a aplicação da lei nos Estados e Municípios. Com base neste artigo, deve o *Parquet*, diante da omissão ou desídia da autoridade na apuração dos atos de corrupção de que tiver ciência, instaurar procedimento investigatório criminal e inquérito civil para investigar o fato (que se constitui em crime e em ato ímprobo), para depois realizar a responsabilização criminal e civil do agente, sem olvidar-se da requisição para abertura de processo administrativo.

²⁰Ibidem, p. 128. Nota 3.

²¹Op. cit., p. 33-34.

4.2 Atuação judicial

O papel judicial do Ministério Público consiste requerer ao Poder Judiciário a responsabilização civil (judicial) das pessoas coletivas que cometeram atos lesivos, por meio da chamada Ação de Responsabilização da Pessoa Jurídica, a qual pode lastrear-se, ou não, em prévio procedimento extrajudicial. Entende-se, com apoio em Rafael Carvalho e Daniel Neves, que a presente *actio* se trata de uma ação civil pública, não só em razão do teor do art. 21 da LAC, que diz que o seu *rito* é o mesmo daquele previsto na Lei nº 7.347/1985, como também em virtude da natureza difusa do direito por ela tutelado²². Assim, deduz-se que a ação em tela passa a integrar o denominado microsistema processual coletivo, ficando sujeita a todos os princípios que o informam, a exemplo dos relevantes princípios da indisponibilidade mitigada da ação e da reparação integral dos danos.

Através da presente ação, persegue-se a aplicação, cumulativa ou não, das sanções civis do art. 19 da LAC, que são os seguintes: perdimento de bens, direitos e valores ligados à infração; suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa; dissolução compulsória da pessoa jurídica (nos casos do art. 19, §1º); e proibição de receber incentivos (em geral) ou empréstimos de entes públicos e de instituições financeiras públicas (ou suas controladas).

A LAC, em seu art. 19, *caput*, conferiu *legitimidade ativa* para a propositura desta ação ao Ministério Público e à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de suas respectivas advocacias públicas. Cabe aqui pontuar, com base nas lições de Rafael Carvalho e Daniel Neves, que, não obstante a omissão legal, cumpre reconhecer também a legitimidade ativa dos entes da administração indireta, na medida em que eles possuem autonomia administrativa²³. Cuida-se, como bem explica Ronaldo Pinheiro, de uma legitimidade ativa concorrente e disjuntiva, ou seja, os legitimados não precisam propor ação em litisconsórcio, podendo fazê-lo isoladamente e sem a concordância do outro²⁴. Ademais, vislumbra-se que o art. 20 da lei em tela criou uma espécie de legitimida-

²²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei n. 12.846/2013 (lei anticorrupção)*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74125>>. Acesso em: 10 out. 2017.

²³Ibidem.

²⁴QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 592.

de ativa exclusiva do *Parquet*, quando se constatar a omissão das autoridades em realizar a responsabilização administrativa da pessoa formal, ocasião em que poderão ser aplicadas judicialmente, além das sanções civis do art. 19, as sanções administrativas do Art. 6º.

Outras notas procedimentais da ação em testilha podem ser bem sintetizadas neste ponto, com apoio nas valiosas lições de Ronaldo Pinheiro²⁵ e Eduardo Cambi²⁶ sobre o tema: (I) *competência* – esta ação de responsabilização compete à justiça comum, estadual ou federal, do local do dano; (II) *medidas cautelares* – além da prevista cautelar de indisponibilidade de bens, direitos e valores (art. 19, §4º, da LAC), podem ser requeridas, com fulcro no poder geral de cautela do juiz, as cautelares de arresto, sequestro ou qualquer outra necessária para assegurar o pagamento da multa ou a reparação integral do dano; (III) *cumulação de pedidos* – pode-se cumular o pedido de condenação nas sanções do art. 19 da LAC, com pedidos de reparação de danos (ao erário e moral coletivo - princípio da reparação integral do dano), além de ser viável, segundo o autor, cumula aquele pleito com pedidos de condenação nas sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/1992 (apesar das dificuldades práticas que podem surgir); (IV) *recurso* – a sentença que julgar a ação em apreço é recorrível via apelação, que não terá, em regra, efeito suspensivo (pela incidência do art. 14 da Lei nº 7.347/1985); e (V) *coisa julgada* – por se tratar de uma ação civil pública, a decisão fará a coisa julgada *erga omnes*, conforme o art. 16 da Lei nº 7.347/1985.

Mostra-se importante asseverar que as sentenças de improcedência ou de carência de ação proferidas na demanda coletiva em questão *estão sujeitas ao reexame necessário* (previsto no art. 496 do atual CPC), por imperativo do art. 19 da Lei nº 4.717/1965, o qual não é aplicável somente às ações populares, mas a todas as ações que compõem o microsistema processual coletivo²⁷. Usando este mesmo raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, decidiu que estão sujeitas ao reexame necessário as sentenças de improcedência nas ações de improbidade administrativa (STJ. 2ª Seção. Emb. de Diverg. em Resp nº 1.220.667-MG (2014/0294745-7). Rel. Min. Herman Benjamin. De 24/05/2017).

²⁵Ibid., p. 587-606.

²⁶Ibidem, p. 39. Nota 3.

²⁷Guia de Atuação do CMA – MPSC. 100 perguntas sobre a lei anticorrupção. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/noticias/ministerio-publico-de-santa-catarina-lanca-guia-sobre-leianticorruptao>>. Acesso em: 12 out. 2017.

Digna de registro é a possibilidade de uso nesta ação, máxime na fase de cumprimento de sentença, do *Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica* previsto nos Arts. 133 a 137 do novo Código de Processo Civil, visando à aplicação judicial da *Disregard Doctrine* para chegar-se ao patrimônio dos sócios e/ou representantes da pessoa jurídica, caso necessário, a fim de assegurar a plena reparação dos danos causados.

Finalmente, cabe afirmar, consoante a norma do art. 25 da Lei n° 12.846/2013, que a pretensão de condenar as pessoas formais (e naturais) nas sanções nela dispostas *prescreve em 5 (cinco) anos*, contados da data da ciência do ilícito ou quando se tratar de ilícito permanente ou continuado, do dia em que tiver cessado. Contudo, faz-se imperioso lembrar, mais uma vez com arrimo em Sanches e Souza, que esse prazo prescricional não se aplica à obrigação de ressarcir o dano ao erário (até porque não se trata de sanção propriamente dita), a qual é imprescritível, conforme o art. 37, §5°, da Lei Maior de 1988²⁸.

Considerações finais

Conclui-se que a Lei Anticorrupção consiste em uma legislação inovadora e que veio a lume para diminuir a dificuldade até então existente no ordenamento pátrio em responsabilizarem-se, de forma eficaz, as pessoas coletivas privadas que cometiam atos de corrupção.

Apresentou-se, nesse estudo, de maneira breve e exemplificativa, o papel que Ministério Público Estadual pode desempenhar na seara da Lei n° 12.846/2013. Entende-se que é fundamental ao *Parquet* melhor conhecer os instrumentos trazidos pela novel lei e identificar suas possíveis formas de atuação (cujo aprofundamento será objeto de outros trabalhos), para que possa exercer com eficiência a sua função institucional de tutelar o patrimônio público e, com isso, diminuir a corrupção endêmica que vive no Brasil.

²⁸Ibidem, p. 159. Nota 3.

Referências

ARAÚJO, Kleber Martins de. Processo administrativo de responsabilização. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à lei anticorrupção: Lei 12.846/2013*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAMBI, Eduardo. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/2013. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*. Brasília. n. 4, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. *Lei anticorrupção empresarial*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei n° 8.429/1992*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direitosancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>. Acesso em: 30 set. 2017.

GUIA de Atuação do CMA – MPSC. *100 perguntas sobre a lei anticorrupção*. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/noticias/ministerio-publico-de-santa-catarina-lanca-guia-sobre-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 12 out. 2017.

HEINEN, Juliano. *Comentários à lei anticorrupção: Lei n° 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei n. 12.846/2013 (lei anticorrupção)*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74125>>. Acesso em: 10 out. 2017.

PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1º ao 4º da lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PRESUNÇÃO ABSOLUTA: DEMONSTRAÇÃO DA FICÇÃO JURÍDICA E ENFOQUE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CIVILISTA COM FUNDAMENTAÇÃO FÍSICO-FILOSÓFICA

Dayana de Sousa Catão
Bacharela de Direito

Resumo

A presunção é um instituto muito usado no Direito. É vista como sendo uma opinião baseada nas aparências, suspeição legal da verdade de um fato. Pode ser comum, decorrente da atividade interpretativa do juiz; ou legal, por imposição da lei. A última divide-se em relativa, considerada válida até prova em contrário; e absoluta, ponderada verdadeiramente pela norma jurídica, mesmo que haja prova em sentido diverso. Este artigo propõe a unificação da presunção legal. Busca sua origem pelo Direito. Faz observações em um dispositivo de norma do Código Civil Brasileiro. Solicita ajuda física e filosófica para solidificar a sua tese. Quanto ao procedimento técnico, a pesquisa será documental e bibliográfica por basear-se em fontes primárias e secundárias, averiguando diretamente o que foi escrito sobre determinado assunto. A análise de dados será realizada através de leituras críticas e interpretativas, sendo conclusiva no sentido de que inexistente presunção absoluta.

Palavras-chave: Presunção absoluta. Presunção relativa. Prova em contrário.

Abstract

Presumption is a principle commonly used in Law. It is seen as an opinion based on appearances; legal suspicion of the truth of a fact. It can be common, resulting from the interpretation by the judge, or legal, through law enforcement. The latter is divided into relative, considered valid until evidence to the contrary is proven; and absolute, considered true by the legal norm, even when there is proof to the contrary. This article proposes the unification of the legal presumption. The article examines its origin within the scope of the Law and makes observations in a provision of the norm of the Brazilian Civil Code. The article seeks physical and philosophical help to solidify its thesis. The technical procedure for the research will be documentary and bibliographic because it is based on primary and secondary sources, verifying directly what has been written on a specific subject. The data analysis will be performed through critical and interpretative readings, and it will be conclusive that absolute presumption does not exist.

Keywords: Absolute presumption. Relative presumption. Proof to the contrary.

1 Introdução

Um tema inédito, na maioria das vezes, comportam escassos subsídios para a sua constituição. E, sendo as fontes deficientes, exerce-se a árdua, porém, sábia, condição de doutrinador.

Para linhas incipientes, necessária se faz a explicitação do que seja presunção em um sentido amplo. Do latim *praesumptio*, a presunção corresponde à suposição de um fato ou ato, deduzido como verdadeiro.

No âmbito filosófico, segundo o Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano¹, detecta-se que a presunção é um “juízo antecipado e provisório, que se considera válido até prova em contrário”. (ABBAGNANO, 2000, p. 801).

No sentido jurídico, a acepção de tal palavra é semelhante, mas não é idêntica, pois designa a consideração das consequências que a lei ou o magistrado formulam perante certos fatos conhecidos.

Nessa zona, a presunção pode ser legal ou comum (ou de fatos). Esta não constitui meio de prova e não está estabelecida em lei; é mera atividade interpretativa do magistrado baseada no que ordinariamente acontece na experiência da vida. Um exemplo claro é o da prova testemunhal.

A presunção legal, decorrente da lei, subdivide-se em legal absoluta (*juris et de jure*), considerada autêntica pela norma jurídica, devido a ato ou fato ocorrido, mesmo que exista prova em sentido diverso, como se constata na coisa julgada; e legal relativa (*juris tantum*), em que uma afirmação é reputada como verdadeira ou falsa até prova em contrário.

O presente assunto é causador de muita inquietude para os estudantes, bem como para alguns professores. Como a presunção, tida como a hipótese de um ato/fato ser ou não verdadeiro, pode ser absoluta? De que maneira algo incerto, passível de contestação, tendo em vista ser a presunção uma conjectura, pode ser denominado de absoluto?

Em virtude de tais questionamentos, este artigo finaliza o esclarecimento de indagações e propõe a unificação da presunção legal, sem subdivisão. Pleiteia-se o suprimento dessa deficiência na linguagem jurídica de presunção legal absoluta e presunção legal relativa para tão somente presunção legal, porquanto toda presunção é relativa.

¹ Filósofo italiano. Nasceu no ano de 1901 e veio a falecer em 1990. Foi o fundador do existencialismo positivo. De 1953 a 1962, foi grande inspirador do grupo de intelectuais denominado "neoluminista", organizando uma série de encontros para a construção de uma filosofia "laica", aberta às principais correntes de pensamento filosóficoestrangerias.

2 Origem no Direito Romano

O *Ius Romanum* é a base do Direito Brasileiro. A relevância da disciplina não está só aí: reside, segundo Ihering, na profunda revolução interna, na mudança total sofrida por todo o nosso pensamento jurídico e em ter chegado a ser, assim como o Cristianismo, um elemento de civilização moderna.

Nenhum povo atingiu tão alto grau de desenvolvimento nas ciências jurídicas. Sem admiração, percebe-se que o surgimento da presunção deve-se aos juízes populares/ juízes escolhidos de Roma. Mas é justo que esse mérito seja dividido com os pretores romanos. Explicar-se-á tal situação no subtópico seguinte.

2.1 Explicitação da presunção no processo formular: o porquê da divisão do mérito

O processo civil romano, segundo Cretella Júnior, “é o conjunto das regras que o cidadão romano deve seguir para realizar seu direito”. (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 28). Sua história abrange três períodos: o processo das ações da lei, o processo formular/formulário e o processo extraordinário.

Para conservar o laconismo de artigo, vai-se direto ao período do processo formular. Nele, encontra-se a figura do pretor, que se impõe para resolver os casos com equidade, e a do juiz (*iudex*).

Os pretores romanos surgiram na época da República, mais precisamente, em 387 a. C. Eram uma espécie de administradores da justiça e tinham a função de cuidar da primeira fase do processo. Eles elaboravam a fórmula (modelo de documento escrito por meio do qual é fixado o ponto litigioso e se concede poder ao juiz popular para absolver ou condenar o réu).

Os juízes, ou melhor, na concepção romana, os jurados, eram, no começo, escolhidos pelas partes, sendo responsáveis pelo julgamento da segunda fase do processo, sentenciando a absolvição ou condenação do réu. Estavam adstritos à fórmula.

Como o juiz, para proferir a sentença, estava preso à fórmula, e esta era redigida pelo pretor, é justo que o mérito do aparecimento da presunção seja partilhado.

2.2. O juiz, a sentença, a coisa julgada e a presunção de verdade

O juiz prolatava/prolata a sentença. E esta, seja absolutória, seja condenatória, era/é favorecida de força judicial, cuja finalidade era/é a de

estabelecer uma situação e consagrar a coisa julgada, a qual trazia/traz presunção de verdade e fazia/faz lei entre as partes se houvesse/houver identidade de coisas e pessoas.

Consoante as lições de Cretella Júnior:

No moderno direito, *a coisa julgada traz em si a presunção de verdade, fazendo lei entre as partes, desde que haja identidade de coisa e de pessoas*. [...] Tal princípio de autoridade de coisa julgada, essencial em nossos dias, impede que uma questão, decidida pelo juiz, seja outra vez examinada, o que não se dava no direito romano. [...] A autoridade da coisa julgada é, como se vê, não absoluta, mas relativa, verificando-se apenas *'ex eadem causa et inter eadem personas*. [Grifos do autor] (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 303).

Percebe-se aí o instituto da presunção no Direito Romano. E já era admitida a relatividade da *res judicata*. Desse modo, é preciso falar rapidamente sobre verdade e autoridade da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro atual.

No que concerne à verdade, Tarski, lógico, matemático e filósofo polonês, apresentou a “necessidade de relativizar a definição de verdade a uma linguagem particular, sendo consequência da opção pelas frases como portadoras de verdade” (SANTOS, 2003, p. 109). O saudoso Alfred Tarski relativizava até a verdade!...

No que diz respeito à relativização da coisa julgada no atual ordenamento jurídico brasileiro, recorre-se a L. Wittgenstein, que diz, no seu livro *Tractatus Logico-Philosophicus*: “do que não se pode falar, é melhor calar-se” (WITTGENSTEIN, 2002, p. 129). Apesar da inaptidão momentânea para narrar e tomar uma posição sobre tal tema, há brilhantes artigos publicados, especialmente, de Cândido Rangel Dinamarco e Glauco Salomão Leite, em que se pode ter uma melhor visão sobre o assunto.

3 Presunção absoluta no artigo 3º do Código Civil Brasileiro

A presunção absoluta, embora não abunde na ciência jurídica, está presente em alguns dispositivos de norma. Este trabalho escolheu o art. 3º, do Código Civil Brasileiro (“Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos.”²) para

²BRASIL. *Código civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 dez. 2017.

servir de exemplo e, esperançosamente, destronar o absolutismo de sua *praesumptione*.

Sabe-se que a incapacidade absoluta é causa da proibição do exercício do direito na vida civil pelo incapaz e, sendo o preceito violado, nulo é o ato. Este só pode ser praticado por seu representante legal. Neste tom, o aresto a seguir:

DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIROS. ILEGITIMIDADE ATIVA. MENOR COM 13 ANOS. NULIDADE ABSOLUTA. CESSÃO DE DIREITOS REALIZADA COM ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. NEGÓCIO JURÍDICO NULO. INSUCETÍVEL DE CONVALIDAÇÃO.

1. O art. 3º, I, do Código Civil considera o menor de dezesseis anos absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil;

2. Por afrontar preceito de ordem pública, a lei civil não permite a convalidação de ato praticado em desconformidade com o que prescreve, podendo qualquer pessoa alegar a invalidade e pleitear seja declarada, judicialmente, a sua nulidade.

3. Tratando-se de nulidade de negócio jurídico, não há falar em prescrição ou decadência, já que o artigo 169 preceitua que 'o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso de tempo'.

4. Recurso conhecido e improvido.

(Acórdão n.847871, 20130111508463APC, Relator: ANA CANTARINO, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/02/2015, Publicado no DJE: 19/02/2015. Pág.: 291).

No seu voto, a Relatora Ana Catarino, com amparo legal, expõe as razões. Saliente-se, entretanto, que, à época, o art. 3º não tinha sido alterado pela Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, o que, todavia, não revela óbice a este estudo:

A controvérsia suscitada pela apelante consiste na análise quanto à sua legitimidade para interpor Embargos de Terceiros, tendo em vista a alegação de ser proprietária do imóvel penhorado, o qual adquiriu, por meio de cessão de direitos, quanto ainda era absolutamente incapaz. Trata-se de questão singela e que não merece maiores delongas. Toda pessoa é capaz de direitos e

deveres na ordem civil. No entanto, o artigo 3º do Código Civil elenca, em seus três incisos, indivíduos que são considerados absolutamente incapazes de exercer, pessoalmente, os atos da vida civil, restringindo a capacidade de fato dessas pessoas, por não possuírem a plena noção da realidade que as cerca. Confira-se: Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; [...] Destarte, os absolutamente incapazes não podem praticar, pessoalmente, os atos da vida civil e devem estar representados por terceira pessoa, que agirá em seu nome. Assim, o ato praticado pela ora apelante, porquanto absolutamente incapaz à época e sem a devida representação, em que pese existir faticamente, é inválido no mundo jurídico, sendo nulo de pleno direito, nos termos dos artigos 104, inciso I e 166, inciso I, todos do Código Civil: Art. 104 - A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; [...] Art. 166 - É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; [...] Com efeito, sendo nulo qualquer ato praticado pelo absolutamente incapaz, por afrontar preceitos de ordem pública, a lei civil não permite sua convalidação, podendo qualquer pessoa, alegar a invalidade e, por conseguinte, pleitear seja declarada, judicialmente, sua nulidade, com efeitos retroativos e "*ex tunc*". E, conforme prescreve, expressamente, o artigo 169 do Código Civil 'O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo'. Dessa forma, não socorre a apelante a alegação de que, por já haver transcorrido mais de quinze anos desde a data do negócio jurídico, este se encontraria prescrito, porquanto, conforme já salientado, não cuida de anulabilidade³.

Conforme o Código Civil, presume-se a incapacidade de um jovem de quinze anos, mesmo que seja a personificação da maturidade, da responsabilidade.

Talvez seja muita audácia, mas este artigo discorda do que a lei absolutamente presume, com base no Enunciado nº. 138 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: "A vontade dos

³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão n.847871, 20130111508463APC*, Relator: ANA CANTARINO, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/02/2015, Publicado no DJE: 19/02/2015. Pág.: 291. Disponível em:<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.”⁴

Tomando-se por base esse Enunciado, é possível cogitar o exemplo relatado a seguir. Eis a situação hipotética: suponha que um adolescente com quinze anos de idade tenha desenvolvido sistemas de informática inéditos, atraindo investidores da Microsoft, o que ocasionou a assinatura de um contrato milionário. Posteriormente, a Microsoft se recusou a fazer o pagamento, alegando a nulidade do contrato. O juiz, com base em provas científicas, extraídas do processo (exames médicos, psiquiátricos, testes etc.), concluiu que aquele jovem, ao assinar o contrato, tinha discernimento e maturidade necessários para entender as obrigações que estava assumindo. E considerou válido o contrato de trabalho.

Dito isto, pergunta-se: será que a presunção continua sendo considerada absoluta?

Veja bem! Não se pretende, com isso, modificar todos os negócios jurídicos firmados. Também não se almeja abrir pauta para falar sobre a redução da maioria penal. Não. São institutos e áreas diversas. Mesmo porque os adolescentes entre dezesseis e dezoito anos não são absolutamente incapazes, diante da lei civil, e, em contrapartida, só respondem perante o Código Penal após atingida a maioria.

Pois bem! Como já foi dito, a presunção legal, decorrente da lei, pode ser absoluta ou relativa. A presunção legal é absoluta (*juris et de jure*) quando considerada autêntica pela norma jurídica, devido a ato ou fato ocorrido, mesmo que exista prova em sentido diverso. Como a presunção, tida como a hipótese de um ato/fato ser ou não verdadeiro, pode ser absoluta? De que maneira algo incerto, passível de contestação, tendo em vista ser a presunção uma conjectura, pode ser denominado de absoluto?

O que se quer é demonstrar que a presunção tida por absoluta não o é. Quer-se, enfim, desestigmatizar essa presunção erroneamente construída e sustentada até hoje.

4 Aspectos físicos e filosóficos

Como se sabe, a Filosofia é a terapia para a libertação das atormentáveis dúvidas, incluídas aí as confusões linguísticas. E ela será uma das pilstras que sustentará esta obra (intelectual).

⁴FEDERAL, CONSELHO DA JUSTIÇA. *Enunciados aprovados*. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS%20138%20A%20271.pdf/view>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

Além da ciência supracitada, os conhecimentos físicos são necessários para que haja mais embasamento na presente tese. O que se quer, então, é demonstrar a verdade ao leitor por meio de plausíveis fatos ocorridos no mundo da Física, intimamente ligados ao da Filosofia.

Os tópicos seguintes demonstrarão algumas posições que confortam a ideia central do presente estudo.

4.1 A teoria dos *quanta* e o princípio da incerteza

A teoria dos *quanta* foi elaborada, no ano de 1900, pelo físico alemão Max Planck⁵ e diz, em apertada síntese, que um elétron oscilante não pode absorver (ou emitir) energia continuamente. (RAMALHO, 2003, p. 400).

Ademais, a conduta futura de uma partícula só pode ser objeto de prováveis previsões baseadas em propícias estatísticas, e não de previsões rigorosas.

O determinismo rigoroso cede, paulatinamente, lugar para o indeterminismo. Por conseguinte, a relação necessária entre os acontecimentos é substituída pelas relações possíveis e pela consideração e cálculo dos seus respectivos graus de possibilidade, ou seja, pela sua probabilidade relativa.

Já que o termo “probabilidade” foi mencionado, há de se tecerem breves comentários sobre ele. A *probabilitate* é a razão pela qual se pode presumir a verdade de um fato.

É tida por Carnap⁶ e Russell⁷ como sendo o grau de credibilidade, racionalidade ou confirmação da proposição ou acontecimento individuais que exprime.

Conforme Carnap, a probabilidade individual, também chamada de credibilidade ou racionalidade, não é subjetiva, porque depende da existência e da natureza das provas que podem confirmar a hipótese.

Agora, é preciso falar, sem extensão, sobre o princípio da incerteza, do físico alemão Werner Karl Heisenberg (1901-1976). Tal proposição denota a indeterminação da posição de uma partícula num certo instante. Há apenas a probabilidade de encontrá-la numa dada região.

⁵Max Karl Ernst Ludwig Planck (1858 – 1947) dedicou-se ao estudo de Irradiação Térmica, Óptica e Termodinâmica. Formulou a teoria da descontinuidade de energia. Tentou convencer Hitler a libertar os cientistas judeus. Cristão que recebeu o Prêmio Nobel de Física em 1918.

⁶Rudolf Carnap (1891 – 1970) foi um filósofo alemão influente, considerado um dos principais componentes do Círculo de Viena (grupo, organizado informalmente em Viena, de filósofos e cientistas).

⁷Bertrand Arthur William Russell (1872 – 1970) foi um prestigioso matemático, filósofo e lógico. Digno do Prêmio Nobel da Literatura em 1950.

Assim, crê-se que o mundo da natureza, apesar da imutabilidade de suas regras, está sempre evoluindo. Percebe-se que na Física, embora seja aparentemente uma ciência com absoluta exatidão e incontestabilidade dos cálculos, há probabilidade e incertezas. O que dizer então do saber dinâmico que é o Direito?

4.2 A teoria da relatividade

Primeiramente, deve-se clarificar a teoria da relatividade do físico alemão Albert Einstein (1879-1955). Com base nos escritos filosóficos de Hume⁸ e Mach⁹, Einstein tem seu raciocínio crítico focado “na variabilidade de um fenômeno que é apercebido por diferentes observadores, mas tende a estabelecer a invariância das leis que se referem a tais fenômenos, transferindo assim a própria noção de objetividade dos fenômenos para as leis.” (ABBAGNANO, 1970, p. 196).

Depreende-se que as leis físicas são as mesmas em todos os sistemas de referência inerciais na teoria da relatividade. Esta trouxe a noção de que inexitem movimentos absolutos no Universo, somente relativos. O Universo não é plano. O tempo não é absoluto. Mas ambos se combinam em um espaço/tempo curvo. Destarte, a menor distância entre dois pontos é a linha curva.

Convém esclarecer que a teoria da relatividade (única) foi apresentada em momentos diversos e, por isso, aparentemente, desdobrou-se em duas: na Teoria da Relatividade Restrita e na Teoria da Relatividade Geral. Elas revolucionaram os postulados de Galileu e Newton, na Física Clássica. Logo, admite-se que essa alteração na concepção da realidade foi a mais densa e frutífera que surgiu na física do século XX.

Se Einstein, indivíduo de extraordinária potência intelectual, digno do Prêmio Nobel de Física (1921), desde o século passado, descobrira a relatividade do Universo, reconhecamos (ainda há tempo!) a relatividade da presunção e extingamos a absoluta!

⁸ O filósofo escocês David Hume (1711 – 1776), em suas palavras, chegou a uma "aversão intransponível a tudo, exceto ao caminho da filosofia e à aprendizagem em geral". Foi uma das figuras mais importantes do iluminismo escocês. Considerado o mais radical empirista britânico.

⁹ Ernst Mach (1838 – 1916) foi professor de física e, depois, de filosofia na Universidade de Viena. Seguindo a linha de pensamento formulada por Hume, Mach nega-se a se pronunciar sobre a natureza da realidade (se psíquica ou física) para permanecer no plano fenomênico. Tinha uma visão positivista, a qual serviu como fonte para o positivismo lógico.

4.3 A linguagem

A linguagem é a utilização de palavras ou gestos para que haja comunicação entre indivíduos. Objetivando a eficácia da comunicação escrita, são necessários os seguintes requisitos: capacidade de tornar o pensamento comum, de produzir a resposta e de persuadir.

Para o já citado Russell, a função de comunicação da linguagem apenas pode ser exercida se for imperfeita e ambígua. À medida que for imperfeita, vaga e ambígua, a comunicação é considerada melhor.

Este humilde artigo ousa discordar do ilustre filósofo e observa que a linguagem deve ser dotada de sentido. Apoia-se em Wittgenstein¹⁰ e infere-se que a linguagem ideal tem de corresponder à sua realidade, visto que o sentido é pressuposto da ordem.

Vale dizer que “Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade”. (DIDIER, 2009, p. 216). Assim, deve haver uma perfeita ordem na mais carente das proposições.

Não custa reafirmar que a Filosofia exerce uma função terapêutica, utilizando-se, como meio de libertação, o respeito à utilização eficiente das expressões linguísticas e os fins das mesmas.

Portanto, que seja reconhecida a precisão da mudança do termo presunção absoluta pelo fato de esta não ter sentido fático, real.

5 Importância prática

O ordenamento jurídico brasileiro é verdadeiramente amplo, belo, mas, muitas vezes, prolixo e de difícil interpretação. O Direito, no Brasil, é exteriorizado através da Língua Portuguesa. Com efeito, o mau uso ou o uso inadequado da linguagem pode influir de forma negativa no bom andamento da própria Justiça.

Explica-se.

A mudança do termo presunção absoluta implica o processo de judicialização. Como assim? Responde-se com outra pergunta: de que forma se vai a Juízo lutar pelo seu direito contra algo absoluto? É certamente inviável.

¹⁰ Ludwig Joseph Johann Wittgenstein (1889-1951) foi um filósofo austríaco que influenciou o século XX com suas diversas inovações. Com seu primeiro livro publicado “Tractatus Logico-Philosophicus”, almejava resolver definitivamente os problemas da filosofia.

É mister que se elaborem leis, em sentido amplo, de forma a facilitar a sua aplicação pelo operador do Direito, de tal sorte que a utilização das palavras deve abranger a literalidade e a finalidade da norma. Lacunas, ambiguidades, contradições, polissemia são aspectos falhos na legislação que devem ser problematizados e reparados. Por isso, a alteração é precisa.

6 Conclusão

O presente estudo revelou que não existe presunção absoluta. Toda ela é relativa. Pretendeu esclarecer indagações e propôs a unificação da presunção legal, sem subdivisão. Pugnou-se pelo suprimento dessa deficiência na linguagem jurídica de presunção legal absoluta e presunção legal relativa para tão somente presunção legal, porquanto toda presunção é relativa.

Por intermédio de um aparato físico-filosófico, chegou-se à ilação de que a Física, apesar de ser uma ciência exata, demonstra que as leis físicas são as mesmas em todos os sistemas de referência inerciais na teoria da relatividade, que traz a noção de que inexistem movimentos absolutos no Universo, somente relativos. O Universo não é plano. O tempo não é absoluto.

Ainda, buscou enfatizar que a linguagem deve ser clara, real, sendo requisito para o estabelecimento da ordem.

Outrossim, visou a melhorar a cultura jurídica, propondo a unificação da presunção legal. Talvez tenha sido uma tentativa tímida. O assunto não está esgotado. Este artigo apenas alertou os intérpretes do Direito para o instituto da *praesumptio*, almejando, pois, a abertura de reflexões e possíveis mudanças.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *História da filosofia*. Lisboa: 1970. XIIIv.

_____. *História da filosofia*. Lisboa: Presença, 1970. XIIIv.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. *Código civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 dez. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*. 30. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. 1v.

DINAMRGO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Escola da Magistratura*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, Imprensa Oficial do Estado, 2001. 2v.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 13. ed. rev. aum. e atual. De acordo com a reforma do PC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão n.847871, 20130111508463APC*, Relator: ANA CANTARINO, Revisor:

GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/02/2015, Publicado no DJE: 19/02/2015. Pág.: 291. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

FEDERAL. Conselho da Justiça. *Enunciados aprovados*. III Jornada De Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 8. ed. São Paulo: Riedel, 2006.

LOPES, Jorge. *O fazer do trabalho científico em Ciências Sociais Aplicadas*. Recife: Uiversitária da UFPE, 2006.

RAMALHO JUNIOR, Francisco; FERRARO, Nicolau Gilberto; SOARES, Paulo Antônio de Toledo. *Os fundamentos da física*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo Moderna, 2003.

SANTOS, Ricardo. *A verdade de um ponto de vista lógico-semântico*. Fundação Calouste Gulbekian: Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2003.

SANTOS, Severino Augusto do. *Apostila - Jus Romanum: uma introdução ao direito civil*. João Pessoa: UNIPÊ, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-filosófico * Investigações filosóficas*. 3. ed. traduzida. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

VIDA PRIVADA, INTIMIDADE E CONTROLE SOCIAL: CONTRIBUIÇÕES DO FILME “A GAROTA DINAMARQUESA”

Gabriela Carvalho Maranhão
Advogada

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher.
Simone de Beauvoir

Estritamente falando, não se pode dizer que existam ‘mulheres’.
Julia Kristeva

Mulher não tem sexo.
Luce Irigaray

A manifestação da sexualidade (...) estabeleceu esta noção de sexo.
Michel Foucault

*A categoria do sexo é a categoria política que funda a sociedade
heterossexual.*
Monique Wittig”¹

Resumo

O artigo explora contribuições do filme “A Garota Dinamarquesa” para o meio jurídico, explorando as identificações sociais de gênero, de formação de família e de definição de condutas criminosas que não se comunicam com a cultura dominante.

Palavras-chave: Gênero. Crime. Criminologia. Família.

Abstract

The article explores the contributions of the film "The Danish Girl" to the legal environment, exploring the social identifications of gender, family formation and the definition of criminal conduct that do not communicate with the dominant culture.

Key words: Gender. Crime. Criminology. Family.

¹ Citações presentes na introdução do capítulo 1 do livro “Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade”, 12. ed., de Judith Butler.

1 Reflexões sobre algumas das contribuições da história de “A Garota Dinamarquesa”

O filme “A Garota Dinamarquesa” foi lançado no ano de 2016, teve direção de Tom Hooper, tendo como autor protagonista Eddie Redmayne, responsável por dar vida à Einar Wegener/Lili Elbe e, como atriz coadjuvante, Alicia Vikander, que representou Gerda Wegener, esposa de Einar Wegener/Lili Elbe. O filme conta ainda com exuberantes cenários e figurinos e marcante trilha sonora, que auxiliam o telespectador a entrar na história e dividir com os personagens suas emoções e angústias.

A trama desenvolvida no filme trata da história de Lili Elbe, nascido Einar Wegener, casado com Gerda Weneger, sendo que o casal se dedica ao mundo das artes, exercendo o ofício de pintores. Lili Elbe é a figura histórica reconhecida como a primeira transgênero, isto é, foi o primeiro homem a se submeter a uma cirurgia para mudança de sexo, pelo fato de identificar-se internamente como uma mulher, no caso, deixando de se identificar como Einar e passando a se identificar como Lili. Ao longo do filme, Einar revela alguns momentos vividos em sua infância em que já demonstrava não estar dentro dos padrões sociais da época para o que representaria o masculino, como no momento em que chegou a beijar seu amigo de infância, circunstância que foi sucedida por uma surra de seu pai.

Durante o desenrolar do filme, Einer permanece pintando a mesma paisagem por diversas vezes, a paisagem de um pântano, e, após ser questionado por Gerda, afirma a sua esposa que não irá desaparecer no pântano, pois o pântano está dentro dele. Esse momento do filme compartilha a angústia que existe dentro de Einar, que vive momentos sombrios e conflituosos, apesar de também viver momentos alegres ao lado de sua esposa, amigos e familiares.

Após o lançamento do filme, houve diversas críticas, afirmando que o roteiro não retratou fielmente a história de Lili Elbe como a primeira transgênero, romantizando sua história e a de Gerda, que foi sua esposa por parte de sua vida. Ainda, há críticas no sentido de o filme ter sido elaborado sem o aprofundamento devido, já que não mergulhou, para alguns, nas nuances emocionais pelas quais Lili transcorreu em sua vida².

²Críticas ao filme. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/02/1738435-ideia-de-agarota-dinamarquesa-e-atual-mas-direcao-conservadora.shtml>>. Acesso em: 10 jul. 2017 ; Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/caio-delcolli/a-garota-dinamarquesa-filme-nao-esta-a-altura-da-historiaviv_a_21682442/>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Porém, a reflexão exposta neste artigo busca uma comunicação com as histórias vividas pelos personagens do filme e as teorias da criminologia crítica que se relacionam com realidades atuais vividas em nossa sociedade.

E, a despeito de diversas críticas, entende-se que o filme “A Garota Dinamarquesa” nos oportuniza reavaliar crenças e condutas inerentes a convenções sociais e jurídicas atuais.

Assim, percebe-se que a história de vida de Einar/Lili, bem como a relação vivida entre Einar/Lili e Gerda no filme, faz aflorar diversos questionamentos, por exemplo, com relação ao papel do homem de da mulher no contexto de um casamento. Na história, percebemos que os dois trabalham e são responsáveis pelo sustento da família, os dois buscam realização e crescimento profissional e os dois exercem serviços domésticos, isto é, é visível que se trate de um casal particular, com características diferenciadas, sendo que Gerda, muitas vezes, assume posturas firmes e decisivas, que escapam ao senso comum do que é esperado da mulher, ao mesmo tempo em que Einar/Lili, por diversas vezes, chama a atenção por sua delicadeza, timidez e magreza, o que, socialmente, não se espera do homem.

Os momentos do filme que retratam a transição de Einar em Lili se mostram profundos e inquietantes. Momento tocante se dá quando Einar posa para Gerda, após vestir as meias calças, experimentar os sapatos femininos e segurar, sobre o corpo, um vestido de bailarina. É como se, naquele momento, resgatasse dentro de si quem era de fato, como se fosse a oportunidade para despir-se da moldura social imposta. A cena é marcante, pois pode-se notar que Einar não se transforma, mas vive um momento que representa um gatilho para libertar quem é, quem sente ser, ou seja, é como se Einar nunca tivesse deixado de ser Lili, mas apenas a mantinha adormecida dentro de si.

Curioso também o diálogo em que Gerda convida Einar para a acompanhar a um baile, oportunidade em que Einar afirma que não gosta de ir a eventos como esse, pois sente como se estivesse fingindo ser Einar, como se tivesse que representar ser quem é.

Esses recortes apresentados da história de “Garota Dinamarquesa” são apenas alguns dos fatos que podem ser ressaltados, sendo que, acredita-se, a história seja riquíssima em despertar questionamentos e gerar reflexões, sendo que algumas dessas reflexões são partilhadas a seguir.

2 Vivendo através de molduras sociais

É importante, em um primeiro momento, pensar sobre a relativização dos conceitos de “certo” e “errado” que existem em todas as instâncias sociais, na família, na escola, nos grupos de amigos, na religião, etc. Isto é, ao crescermos em sociedade, conceitos do que deve ser feito e como deve ser feito são desenvolvidos em nossa criação e nos são ensinados, via de regra, como um caminho único que deve ser percorrido, sob pena de viver-se às margens sociais.

A esse respeito, o professor Roque de Barros Laraia, na obra “Cultura: um conceito antropológico”, define a cultura como “uma lente através da qual o homem vê o mundo. Homens de culturas diferentes usam lentes diversas e, portanto, têm visões desencontradas das coisas”³.

Ou seja, a forma como vemos e entendemos o mundo está vinculada ao que entendemos como correto ou errado, ao que acreditamos que devemos fazer, o que devemos estudar, com o que devemos trabalhar, como devemos nos vestir e nos portar, etc. Assim, a realidade que vivemos é condicionada pela cultura em que estamos inseridos. Desse modo, é absolutamente possível que homens de culturas diferentes viviam de formas absolutamente distintas. Ainda, Roque Laraia afirma que

A nossa herança cultural, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade. Por isto, discriminamos o comportamento desviante. Até recentemente, por exemplo, o homossexual corria o risco de agressões físicas quando era identificado numa via pública e ainda é objeto de termos depreciativos. Tal fato representa um tipo de comportamento padronizado por um sistema cultural.

[...]

O modo de ver o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais são assim produtos de uma herança cultural, ou seja, o resultado da operação de uma determinada cultura⁴.

³LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 21. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p.67.

⁴*Idem*, p.67- 68.

A ideia apresentada por Roque de Barros Laraia é relevante no sentido de nos gerar reflexões sobre o porquê de entendermos o mundo como o fazemos. Porém, é igualmente válida a questão de porque devemos questionar a cultura em que estamos inseridos, isto é, qual benefício questionar a cultura pode trazer.

Ora, por certo, estar inserido em determinada cultura traz variados benefícios, a este respeito:

O homem é o resultado do meio cultural em que foi socializado. Ele é um herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquiridos pelas numerosas gerações que o antecederam. A manipulação adequada e criativa desse patrimônio cultural permite as inovações e as invenções. Estas não são, pois, o produto da ação isolada de um gênio, mas o resultado do esforço de toda uma comunidade⁵.

Contudo, as vantagens de estar inserido em certa cultura não podem representar um engessamento social que leve a repulsa a mudanças, sobre o tema:

[...] cada sistema cultural está sempre em mudança. Entender esta dinâmica é importante para atenuar o choque entre as gerações e evitar comportamentos preconceituosos. Da mesma forma que é fundamental para a humanidade a compreensão das diferenças entre povos de culturas diferentes, é necessário saber entender as diferenças que ocorrem dentro do mesmo sistema. Este é o único procedimento que prepara o homem para enfrentar serenamente este constante e admirável mundo novo do porvir⁶.

Nesse sentido, a cultura é vista como a forma de encarar o mundo. Porém, a cultura é um produto social em constante mudança, renovando-se a cada geração e adequando-se às vontades e anseios do meio em que está inserida.

⁵Idem, p.45.

⁶Idem, p.101.

Essas ideias apresentadas se tornam importantes, pois permitem refletir sobre o que faz com que uma pessoa que não se adeque a uma moldura social, isto é, não se adeque ao padrão de comportamento que é esperado por uma cultura, e como podemos compreender o que essa pessoa sente e vive.

Assim, unindo as exposições de Roque Laraia e a história vivida por Einar no filme “A Garota Dinamarquesa”, percebemos que a divisão existente entre o cumprimento do papel social atribuído ao homem e a mulher pode, em alguns casos, não corresponder às vontades pessoais e individuais dos componentes de um grupo social, ou seja, demonstra-se que não existe, naturalmente, um modelo comportamental que deve ser seguido por um homem ou uma mulher em todos seus aspectos e em todos os casos.

Dessa maneira, um produto cultural é a formação de molduras sociais, que definem os padrões que devem ser seguidos pelos indivíduos, como devem se portar, como devem se vestir, o que devem falar, com o que devem trabalhar, se devem frequentar igrejas, escolas, constituir família, ter filhos, etc. Assim, os indivíduos que escapam às previsões das molduras sociais costumam enfrentar prejulgamento de diversos meios, além de diversos danos internos, angústias, conflitos, abandonos.

Ademais, sobre o tema, relevante comentar a respeito da diferenciação teórica existente entre gênero e sexo, sendo que o gênero se refere a uma construção social, ao passo que o sexo se refere a uma determinação biológica. A esse respeito, a professora Judith Butler defende que

por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: consequentemente, não é nem o resultado causal do sexo nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo.

[...]

Se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra de um sexo desta ou daquela maneira.

[...] mesmo que os sexos pareçam não problematicamente binários em sua morfologia e constituição (ao que será questionado), não há razão para supor que os gêneros também devam permanecer em número de

dois. A hipótese de um sistema binário dos gêneros encerra implicitamente a crença numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero reflete o sexo ou é por ele restrito⁷.

Pelo apresentado, percebemos que não existe, por determinação biológica, uma vinculação entre o sexo fêmea e o gênero feminino, bem como não existe uma vinculação biológica entre o sexo masculino e o gênero masculino, sendo que, de fato, a construção dos gêneros decorre de uma formação cultural. Judith Butler comenta sobre a afirmação de Simone de Beauvoir, a qual afirma que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”⁸; assim, “para Beauvoir, o gênero é construído”⁹.

Deste modo, torna-se mais fácil compreender a razão de muitas pessoas não se identificarem com a moldura social construída para representar seu sexo, pois a construção de gênero não é algo determinante na natureza, isto é, não é algo que deve ser sempre de certo modo em qualquer época e lugar.

No filme, vemos a angústia vivida por Einar ao se reconhecer como Lili, bem como o sofrimento de Gerda ao perceber que seu marido não se identifica como homem no entender social. Há um registro interessante no roteiro do filme em que Einar afirma que Lili sempre esteve presente, sempre esteve dentro dele. É possível perceber, no desenrolar da trama, que Einer sempre foi Lili, mas, por grande parte da vida, não foi capaz ou não foi aceito para ser quem sentia que deveria e queria ser.

3A imposição social como castigo

Cabe ressaltar, também, a importância que as relações sociais afetivas e familiares têm para o controle social. Uma família formada por homem e mulher, em relacionamento monogâmico e, preferencialmente, com filhos, retrata a perpetuação de determinados comportamentos aceitos por um grupo social competente para regulamentar a conduta esperada de uma sociedade. A respeito do tema, Michell Foucault afirma:

⁷BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p.26.

⁸Idem, p.29.

⁹Idem, ibidem.

Um rápido crepúsculo se teria seguido à luz meridiana, até as noites monótonas da burguesia vitoriana. A sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. Em torno do sexo, se cala. O casal, legítimo e procriador, dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo.

[...]

As crianças, por exemplo, sabe-se muito bem que não tem sexo: boa razão para interdita-lo, razão para proibi-las de falarem dele, razão para fechar os olhos e tapar os ouvidos onde quer que venham a manifestá-lo, razão para impor um silêncio geral e aplicado. Isso seria próprio da repressão e é o que a distingue das interdições mantidas pela simples lei penal: a repressão funciona, decerto, como condenação ao desaparecimento, mas também como injunção ao silêncio, afirmação de inexistência e, conseqüentemente, constatação de que, em tudo isso, não há nada para dizer, nem para ver, nem para saber. Assim marcharia com sua lógica capenga, a hipocrisia da nossa sociedade burguesa. Porém, forçada a alguma concessões. Se for mesmo preciso dar lugar às sexualidades ilegítimas, que vão incomodar noutro lugar: que incomodem lá onde podem ser reinscritas, senão nos circuitos da produção, pelo menos nos do lucro¹⁰.

Assim, o ponto a que se quer chegar é o que se relaciona com as diversas institucionalização das relações de afeto, o que envolve também as manifestações de gênero como condicional para a padronização da representação da família. Isto é, quem possui o poder para definir a instituição familiar, bem como o papel que deve ser desenvolvido pelo homem e pela mulher, seja o legislador, a religião, ou os meios de comunicação, impõem igualmente o que não é aceitável, marginalizando comportamentos e escolhas dos membros sociais, criando condutas que levam à exclusão e rótulos discriminatórios.

Assim, primeiramente, entendemos que a cultura condiciona a visão de mundo do homem, bem como que a cultura é a responsável sobre a

¹⁰FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Gerais, 1999, p.9-10.

construção de gênero e, posteriormente, entendemos que existe uma definição social sobre como deve ocorrer a manifestação do sexo e a construção da família.

Ocorre que existem indivíduos que não iriam, por diversos motivos, enquadrar-se nos moldes sociais definidos sobre a relação entre sexo e gênero, ou mesmo sobre como deve ser constituída uma família, ou seja, há indivíduos que iriam viver e se desenvolver rompendo os paradigmas do tradicionalismo a respeito do tema.

Porém, sabe-se que muitas mudanças não percorrem caminhos fáceis e não são bem recebidas nos contextos sociais, familiares, profissionais e outros. Ser diferente, viver diferente, querer o diferente, pode, ao mesmo tempo, representar enorme liberdade individual e distanciamento dos estratos institucionalizados da sociedade, causando exclusões e discriminações.

Nesse sentido, não só ao tratarmos de expressão de gênero, mas sobre outros temas, é possível perceber diversas pessoas que vivem sob o manto dos padrões, ainda que contra suas vontades pessoais, com o eterno receio da não aceitação, do comodismo, com o medo do conflito, ou mesmo o medo da violência.

Os discursos sobre o sexo e o gênero têm ganhado cada vez mais destaque, sendo visível, em muitos meios, a repressão às liberdades individuais, sendo que muitos têm seus direitos e garantias individuais reprimidos e excluídos por convenções sociais, padrões, culturais e leis.

4 Criminalização de condutas não conformistas

Exemplificando, no caso do Brasil, podemos citar alguns fatos marcantes a respeito da criminalização e normatização de questões privadas de indivíduos, limitando, assim, as liberdades individuais.

Primeiramente, é possível citar a tipificação da bigamia como crime no artigo 235 do Código Penal Brasileiro, o qual prevê que

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Ressalte-se que o Código Penal Brasileiro prevê outros crimes relacionados a irregularidades do casamento, o que gera espanto, pois verifica-se que o Estado regulamentador preocupou-se tanto com a imposição dos padrões das relações afetivas que, inclusive, tipificou como crime, determinando pena de reclusão, condutas que viessem a divergir das impostas legalmente. Essa postura estatal chama atenção, pois fica nítida a gravidade do ato de quem foge aos padrões dominantes, sendo, então, o comportamento de uma pessoa rotulada como criminosa.

Outro fato interessante e capaz de exemplificar as questões aqui tratadas é o da definição de União Estável, presente na constituição Federal, que reconhece a união estável formada por um homem e uma mulher como entidade familiar:

Art. 226. - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A respeito, sabe-se que, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 4.277 E ADPF 132, reconheceu as uniões homoafetivas e dispensou tratamento igual ao atribuído às uniões heteroafetivas. Porém, a previsão constitucional reconhecendo a união estável heterossexual permanece.

Esses exemplos são interessantes já que retratam a expressão institucionalizada de padrões, crenças e culturas de certos estratos sociais possuidores de poder a respeito de temas privados que são a todos impostos, criando, assim, a formação e perpetuação de molduras sociais que são, rotineiramente, expostas de modo compulsório a diversas pessoas.

Com relação ao tema, Alessandro Baratta expõe sobre a criação de institutos jurídicos e sociais pelos detentores de poder de modo pretérito a existência desses mesmos institutos:

Foucault observa que os sistemas jurídicos de poder *produzem* os sujeitos que, subsequentemente, passam a representar. As noções jurídicas de poder parecem regular a vida política em termos puramen-

te negativos - isto é, por meio da limitação, proibição, regulamentação, controle e mesmo ‘proteção’ dos indivíduos relacionados àquela estrutura política, mediante uma ação contingente e retratável de escolha. Porém, em virtude de a elas estarem condicionados, os sujeitos regulados por tais estruturas são formados, definidos e produzidos de acordo com as exigências delas.

[...]

Em outras palavras, construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento. O poder jurídico ‘produz’ inevitavelmente o que alega meramente representar; conseqüentemente, a política tem de se preocupar com essa função dual do poder: jurídica e produtiva¹¹.

Ou seja, quando a lei, por exemplo, define família e cria instrumentos aptos a assegurá-la, define e restringe o que é a família com o discurso de protegê-la. Ademais, ao mesmo tempo em que a lei define o que é a família sob a alegação de protegê-la, regulamenta as condutas contrárias, criando sanções e repressões

e considerando a sociedade como uma força que reprime o livre desenvolvimento dos recursos vitais individuais e que gera, por reação, a tendência a revoltar-se contra a sua ação repressiva. A revolta individual, por seu lado, é repelida e sancionada pela sociedade como patológica, perigosa e criminal.

[...]

O modelo de explicação funcionalista proposta por Merton, portanto, consiste em reportar o desvio a uma possível contradição entre estrutura social e cultura: a cultura, em determinado momento do desenvolvimento de uma sociedade, propõe ao indivíduo determinadas metas, as quais constituem motivações fundamentais de seu comportamento (por exemplo, um certo nível de bem-estar e de sucesso econômico). Proporciona, também, modelos de comportamentos

¹¹Ibidem, p.20 - 21. Nota 7.

institucionalizados que resguardam as modalidades e os meios legítimos para alcançar aquelas metas. Por outro lado, todavia, a estrutura econômico-social oferece aos indivíduos, em graus diversos, especialmente com base em sua posição nos diversos extratos sociais, a possibilidade de acesso às modalidades e aos meios legítimos para alcançar as metas¹².

Pelo apresentado, vê-se que a lei, muitas vezes, estratifica indivíduos, criando exclusões, mas não necessariamente criminosos ou pessoas doentes e desequilibradas, mas, apenas, pessoas que divergem das imposições majoritárias.

Ressalte-se que as definições expressas em lei simbolizam a vontade dos indivíduos que compõem o poder em determinado momento, não representando, necessariamente, a vontade de todos, ou mesmo da maioria. Isto é, no caso dos conceitos de crimes, estes são criados, também, pelos detentores dos meios institucionalizados para tanto. Sobre o tema:

O crime, nesse sentido, é comportamento político, e o criminoso torna-se, na realidade, um membro de um 'grupo minoritário', sem a base pública suficiente para dominar e controlar o poder de polícia do Estado.

Não menos simplista é a maneira em que os teóricos do conflito representam o processo de criminalização, como um processo no qual grupos poderosos conseguem influir sobre a legislação, usando as instituições penais como uma arma para combater e neutralizar comportamentos de grupos contrários¹³.

Assim, cabe a reflexão sobre a origem de certas condutas tipificadas e definidas por lei como corretas e imutáveis, pois, a lei tem o poder de criar um crime ou uma definição, mas pode ser que esse contexto não seja capaz de suprir o desenrolar que cada indivíduo busque em sua história.

¹²BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p.62- 63.

¹³Idem, p.128- 129.

5 Homens e liberdade na sociedade moderna

Este artigo buscou auxiliar na reflexão atual a respeito de imposições e formações culturais, sociais, legislativas sobre temas privados, como a expressão de gênero.

Entende-se que o Estado e a cultura não têm atribuição para definir os indivíduos imutavelmente, mas, preferencialmente, deve estar aberto às novidades, garantido que possamos viver com equilíbrio e respeito. Sobre o assunto, Maia Lúcia Karam faz traz interessante exposição:

Para garantir as diferentes escolhas possíveis de cada indivíduo, o Estado há de ser neutro e, portanto, laico, isto é, desvinculado, de qualquer religião, não estando autorizado nem a restringir expressões religiosas, nem a adotar uma religião oficial, nem a impor uma ou outra crença.

Pouco importa que a grande maioria ou quase a totalidade da população professe uma determinada fé religiosa. Nem assim o Estado poderia adotá-la como uma religião oficial. Se o fizesse, estaria desrespeitando a opção dos demais indivíduos que, por mais minoritários que sejam, merecem o mesmo respeito devido aos que formam a maioria.

Desrespeitar direitos ou opções de minorias significa negar a própria democracia, pois esta não é apenas um governo da maioria, trazendo, sim, em sua essência, a possibilidade de divergência e, assim, a garantia dos direitos dos que são minoritários.

[...]

Certamente, cada indivíduo tem características pessoais que o tornam único e diferente de todos os outros, mas todos os indivíduos se encontram em sua origem comum - sua igual dignidade - e, nesse sentido, cada indivíduo é igual a todos os outros.

[...]

O reconhecimento da dignidade e da liberdade inerentes a cada indivíduo garante-lhe a autonomia de escolher sua própria moral e impede que ele seja coagido a uma transformação moral forçada ou a uma mudança de pensamento, sentimentos, concepções ou opiniões sobre o que quer que seja¹⁴.

¹⁴KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p.4- 9.

Assim, buscou-se contribuir para a criação de reflexões sobre a organização social no campo da vida íntima, percebendo que contextos novos, sejam sociais, jurídicos e legislativos, fazem parte da renovação da cultura de uma sociedade, bem como da expressão individual de cada homem em determinado contexto e momento histórico.

Deste modo, buscou-se contribuir, por meio deste texto, com as reflexões para uma sociedade mais tolerante, apta a lidar com o diferente e disposta a pensar e aceitar mudanças, além de reconhecer que pessoas diferentes podem escolher viver de formas diferentes.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Gerais, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 21. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.



Ministério Público do Estado da Paraíba



STO DE 1891