



REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

ANO 3 • 6 • JULHO-DEZEMBRO • 2014

ceaf.::esmp
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Escola Superior do Ministério Público de São Paulo



Revista Jurídica

**da Escola Superior do Ministério
Público de São Paulo**

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2238-4847

Volume 6

2014

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

CDU 34(815.6)(5)

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

PROJETO GRÁFICO

Marli Santos de Jesus

DIAGRAMAÇÃO

Fátima Consales

CAPA

Robson Minghini

REVISÃO

Sárvio Nogueira Holanda

CTP, IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Escola Superior do Ministério Público de São Paulo
Rua 13 de Maio, 1259 – 3º andar – Bela Vista
01327-002 – São Paulo – SP – Brasil
Tel. (11) 3017-7755
esmp_revista@mp.sp.gov.br

REV. JUR. DA ESPM/SP, SÃO PAULO, v.6, 2014

ISSN 2238-4847

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

Revista Jurídica

**da Escola Superior do Ministério
Público de São Paulo**

VOLUME 6

2014



REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Editor Responsável

Marcelo Pedroso Goulart, Ministério Público de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP).

Conselho Editorial

Afonso Armando Konzen, Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); **Christiano Jorge Santos**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Ministério Público do Paraná, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Universidade Paranaense (UNIPAR), Doutor pela Universidade Federal do Paraná; **Emerson Garcia**, Ministério Público do Rio de Janeiro, Doutor pela Universidade de Lisboa; **Fábio Ramazzini Bechara**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Gregório Assagra de Almeida**, Ministério Público de Minas Gerais e Universidade de Itaúna, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Hermes Zaneti Júnior**, Ministério Público do Espírito Santo e Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); **Roberto Senise Lisboa**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Susana Henriques da Costa**, Ministério Público de São Paulo e Universidade de São Paulo (USP), Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Coordenador Científico

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Doutor

pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Secretário-Executivo

Paulo Henrique de Oliveira Arantes, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP).

Conselho Consultivo

Adalberto Simão Filho, Associação de Ensino de Ribeirão Preto (UNAERP) e Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Airton Grazioli**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Mestre pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Alberto Camiña Moreira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Ana Lúcia Menezes Vieira**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **André Estefam Araújo de Lima**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Mestre pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC/SP); **Antonio Scaranze Fernandes**, Universidade de São Paulo (USP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; **Arthur Pinto de Lemos Júnior**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; **Augusto Eduardo de Souza Rossini**, Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP); Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DPN/MJ); Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Beatriz Lopes de Oliveira**, Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) e Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Mestre pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Carlos Eduardo Adriano**

EXPEDIENTE

Japiassu, Universidade Estácio de Sá (UNESA) e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); **Cláudia Maria Beré**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Mestre pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo; **Cristiano Pereira Moraes Garcia**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Faculdades de Atibaia, Faculdades de Campinas e Universidade São Francisco (USF), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Eduardo Reale Ferrari**, Universidade de São Paulo (USP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Eurico Ferraresi**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Fernanda Tartuce**, FADISP e Escola Paulista de Direito (EPD/SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Fernando Reverendo Vidal Akaoui**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), e Universidade Santa Cecília de Santos, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Guillermo Orozco Pardo**, Universidade de Granada (Espanha); **Gustavo Senna Miranda**, Ministério Público do Espírito Santo e Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestre pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); **Heitor Vitor Mendonça Sica**, Universidade de São Paulo (USP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **José Antonio Farah Lopes de Lima**, Secretária da Fazenda do Governo de São Paulo, Doutor pela Universidade Pantheon-Sorbonne – Paris 1; **José Antonio Remédio**, Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **José Horácio Cintra Gonçalves Pereira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **José Fernando Simão**, Universidade de São Paulo, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luciana Temer**, Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP); **Luis Fernando de Moraes Manzano**, Ministério Público

de São Paulo (MP/SP) e Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luis Fernando Rocha**, Ministério Público de São Paulo e Universidade de São Paulo (UNIP), Doutor pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); **Luis Moreira Gomes Júnior**, Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; **Luis Geraldo Sant' Ana Lanfredi**, Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Mestre pela Universidade de Barcelona; **Marco Antonio Zanellato**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Mariângela Tomé Lopes**, Universidade São Judas Tadeu e Universidade Anhembi Morumbi, Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Mário Frota**, apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo (Portugal), do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra (Portugal) e da Escola Superior de Ciências do Consumo (Portugal); **Mário Sérgio Sobrinho**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Miguel Thomaz Di Piero Junior**, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Octavio Luiz Motta Ferraz**, Warwick University (Reino Unido), Doutor em Direito pela University College London; **Paolo Carbone**, Università degli studi di Sassari e Università LUISS di Roma; **Perfecto Andrés Ibáñez**, Tribunal Supremo de Espanha (Espanha); **Rafael de Oliveira Costa**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); **Ricardo Andrade Saadi**, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (DRCI/SNJ/MJ), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo**, Faculdade de Direito da Universidade Positivo de Curitiba, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Sarah Merçon-Vargas**, Bicalho e Mollica Advogados (BM), Mestre pela Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo (USP); **Sérgio Turra Sobrane**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Silas Silva Santos**, Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), Mestre pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo; **Silvio Antonio Marques**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP); Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

e Doutorando na Faculdade de Direito da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; **Tailson Pires Costa**, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Universidade Metropolitana de Santos e Universidade Católica de Santos, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); **Tiago Cintra Es-sado**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

**CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DE SÃO PAULO**

Diretor

Marcelo Pedroso Goulart

Assessores

Daniel Serra Azul Guimarães

Eduardo Tostes

Juliana de Sousa Andrade

Paulo Henrique de Oliveira Arantes

Editores

Izilda Maria Nardocci

José Roberto Porto de Andrade Júnior

SUMÁRIO/CONTENTS

APRESENTAÇÃO	11
LINHA EDITORIAL	13
I. Teoria do Estado e da Constituição	
SEGURANÇA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL: CONSEQUÊNCIAS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO LEGAL CERTAINTY AND JUDICIAL ACTIVISM: CONSEQUENCES OF THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF RETROGRESSION	
Maria Luiza Gorga	17
II. Teoria do Ministério Público	
INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA: O MINISTÉRIO PÚBLICO E A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA NA DEFESA DE INTERESSE PARTICULAR PROGRESSIVE UNCONSTITUTIONALITY: THE PUBLIC ATTORNEY AND THE EXTRAORDINARY LEGITIMACY IN DEFENSE OF PRIVATE INTERESTS	
João Pedro Soares Schmidt & Vinicius Setubal Maffei	35
III. Ciências Penais	
O STF E O ARTIGO 44, I, DO CÓDIGO PENAL: REFLEXÕES EM TORNO DE SUA CONSTITUCIONALIDADE E DE SUA DERROTABILIDADE THE SUPREME COURT AND ARTICLE 44, I, OF THE PENAL CODE: REFLECTIONS AROUND ITS CONSTITUTIONALITY AND ITS DEFESABILITY	
Eliseu Antônio da Silva Belo	57
ENSAIO PARA A CLASSIFICAÇÃO DO JUÍZO MORAL DE UMA DECISÃO DO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DE SÃO PAULO, SEGUNDO LAWRENCE KOHLBERG ESSAY FOR THE CLASSIFICATION OF THE MORAL JUDGMENT OF A COURT OF CRIMINAL APPEALS OF SÃO PAULO, ACCORDING TO LAWRENCE KOHLBERG	
Luiz Fernando Rocha	87
DIÁLOGOS ENTRE SUBJETIVIDADES NA CONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA DIALOGUES BETWEEN SUBJECTIVITIES IN THE CONSTRUCTION OF RESTORATIVE JUSTICE	
Petronella Maria Boonen	101
IV. Direito Coletivo	
A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE REUNIÃO E O DANO MORAL COLETIVO THE RESTRICTION ON FREEDOM OF ASSEMBLY AND THE MORAL DAMAGES COLLECTIVE	
Ana Carolina de Souza Mendes	117
O DIREITO FUNDAMENTAL À ACESSIBILIDADE THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESSIBILITY	
Bruno César Antunes Maranhão	143

SUMÁRIO/CONTENTS

V. Direito Individual Indisponível

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES NEGATÓRIAS DE PATERNIDADE E O DIREITO À FILIAÇÃO

THE ROLE OF THE PUBLIC MINISTRY IN ACTIONS FOR NEGATION OF PATERNITY AND THE RIGHT TO MEMBERSHIP

Gustavo Roberto Costa 159

VI. Teoria do Processo

O LIMITE TERRITORIAL DAS SENTENÇAS COLETIVAS: A DISCUSSÃO ENTRE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA E A RECENTE MUDANÇA DE PARADIGMA THE TERRITORIAL BOUNDARIES OF COLLECTIVE SENTENCES: THE DISCUSSION BETWEEN DOCTRINE AND JURISPRUDENCE AND THE RECENT CHANGE OF PARADIGM

Ricardo Grandisolli Romano 175

VII. Espaço Aberto

DISCURSO DE POSSE DO DR. MARCELO PEDROSO GOULART COMO DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO INAUGURAL ADDRESS OF DR. MARCELO PEDROSO GOULART AS DIRECTOR OF “CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO”

Marcelo Pedrosa Goulart 199

MINISTÉRIO PÚBLICO NA DITADURA E NA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA PUBLIC PROSECUTOR’S OFFICE IN THE DICTATORSHIP AND IN THE DEMOCRATIC TRANSITION

Hugo Nigro Mazzili & Darcy Paulillo dos Passos..... 209

DERECHOS HUMANOS INSTITUYENTES, LUCHAS SOCIALES Y ACCIONES COTIDIANAS

INSTITUTING HUMAN RIGHTS, SOCIAL STRUGGLE AND DAILY ACTIONS

David Sánchez Rubio 243

O DIREITO E SUA FILOSOFIA: POSITIVISMO, ORDEM, HISTORICISMO DIALÉTICO E OCUPAÇÃO SOCIAL

THE LAW AND YOUR PHILOSOPHY: POSITIVISM, ORDER, HISTORICISM DIALECTICAL AND SOCIAL OCCUPATION

José Manuel de Sacadura Rocha..... 269

VIII. Resenhas

RESENHA DA OBRA *ZERO, ZERO, ZERO*, DE ROBERTO SAVIANO

REVIEW OF “ZERO, ZERO, ZERO”, BY ROBERTO SAVIANO

José Geraldo Brito Filomeno 289

NORMAS DE SUBMISSÃO..... 301

APRESENTAÇÃO

Ao completar três anos, a Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo apresenta, neste sexto volume, mudanças necessárias à sua atualização e ao atendimento das expectativas do seu público-alvo.

As mudanças objetivam adequar a orientação editorial deste periódico científico às necessidades do Ministério Público contemporâneo, o que implica, inclusive, nova organização do conteúdo: os temas passam a ser distribuídos no corpo da Revista de acordo com as linhas de atuação da nossa Instituição.

A atualização também é estética. A capa ora adotada alinha-se à nova identidade visual do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de São Paulo.

As inovações seguem a diretriz que, desde o primeiro número, norteia a Revista Jurídica: o debate sincero e crítico das temáticas que efetivamente importam ao desenvolvimento do Ministério Público brasileiro.

Nesse caminho, mantém-se a excelência dos trabalhos publicados, materializada, neste volume, por artigos da lavra de agentes políticos e administrativos que integram os quadros da Instituição, bem como de professores universitários do Brasil e do exterior.

Boa leitura!

Marcelo Pedroso Goulart

LINHA EDITORIAL

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo dirige-se a todos os segmentos da comunidade jurídica, mas, por se tratar de um periódico institucional, deve contemplar prioritariamente os temas relacionados com o campo de atuação do Ministério Público brasileiro.

Essa orientação impõe-se como exigência desta quadra da história nacional. A sociedade brasileira tomou consciência dos novos direitos, organizou-se e, de forma crescente, passou a reivindicá-los, inclusive no âmbito do sistema de Administração da Justiça. Cabe ao Ministério Público dar respostas positivas às demandas sociais e, para isso, atualizar-se.

Institucionalmente, o Ministério Público conquistou autonomia e não integra nenhum dos chamados Poderes do Estado. Funcionalmente, posta-se no sistema de Administração da Justiça como a instituição responsável pela promoção dos interesses estratégicos da sociedade brasileira, o que se evidencia pela sua missão: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Instrumentalmente, dispõe de grande aparato procedimental e processual a garantir o cumprimento das inúmeras atribuições que decorrem dessa missão.

Esse conteúdo, consolidado na Constituição de 1988, convive contraditoriamente com antigas formas de estruturação institucional (v.g., a organização espacial em escala única de comarca) e com a cultura formalista e jurídicista que moldou o antigo agente processual (para o seu bom desempenho bastava o conhecimento da dogmática jurídica).

Nos anos imediatamente pós-Constituinte, essas contradições não se manifestaram como problema, pois a atuação da Instituição atendeu às demandas – ainda em diminuto número e de pouca complexidade – de uma sociedade que dava os primeiros passos no processo de construção do regime democrático.

No momento em que ingressamos na segunda década do século XXI, essas contradições emergem como problema a ser superado, pois as formas estruturais e a cultura anacrônicas inibem o pleno desenvolvimento do Ministério Público e colocam em risco a efetividade do seu trabalho.

Inaugura-se um novo ciclo. Para responder adequadamente à numerosa, variada e complexa demanda social da atualidade, o Ministério Público precisa passar por uma ampla e profunda revisão que, no curto prazo, produza mudanças estruturais e culturais.

Nesse processo transformativo, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF ganha uma nova dimensão na organização interna do Ministério Público brasileiro. Passa a cumprir uma função estratégica, pois, como Escola Institucional, é o espaço privilegiado:

- do debate das ideias;
- da discussão dos projetos institucionais e das novas formas de atuação;
- da elaboração da nova teoria de Ministério Público;
- da formação e da capacitação dos quadros institucionais (agentes políticos e administrativos) para os novos desafios que se colocam neste momento histórico.

Como periódico científico do CEAF, a Revista Jurídica deve registrar, difundir e fomentar esse rico debate, mantendo a boa qualidade dos textos, privilegiando o conteúdo multi e interdisciplinar, garantindo o pluralismo das idéias e o respeito aos valores e princípios democráticos que informam o projeto de sociedade estabelecido na Constituição da República.

Para cumprir essa pauta, a Revista Jurídica passou a organizar-se, a partir do volume 6-2014, em novas seções temáticas, assim intituladas:

- I. *Teoria do Estado e da Constituição*, voltada à discussão de assuntos relacionados ao Estado Social, à Democracia Substantiva, ao Constitucionalismo, aos Direitos Fundamentais e ao Sistema de Administração da Justiça;
- II. *Teoria do Ministério Público*, dirigida à renovação do pensamento institucional;
- III. *Ciências Penais*, na linha do modelo integrado de Ciência Penal, abarcando a Dogmática jurídico-penal, a Criminologia, a Política Criminal e a Penologia;

- IV. *Direito Coletivo*, dedicada à área dos direitos transindividuais;
- V. *Direito Individual Indisponível*, para atender à divisão das vertentes que compõem a missão institucional (Const., art. 127, *caput*) e à nova *Summa Divisio* constitucionalizada, que superou a clássica bipartição Direito Público/Direito Privado;
- VI. *Teoria do Processo*, contemplando a teoria geral do processo, o processo civil das relações interindividuais, o processo civil coletivo e o processo penal;
- VII. *Espaço Aberto*, para contemplar os artigos de interesse institucional que não caibam nas seções precedentes;
- VIII. *Resenhas*, destinada às sinopses e comentários de livros, periódicos e artigos de relevância para o Ministério Público.

Espera-se que, seguindo essa linha editorial, a Revista Jurídica atenda às expectativas do seu público.

Marcelo Pedroso Goulart
Editor-responsável

SEGURANÇA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL:
CONSEQUÊNCIAS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
VEDAÇÃO AO RETROCESSO

LEGAL CERTAINTY AND JUDICIAL ACTIVISM:
CONSEQUENCES OF THE APPLICATION
OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF
RETROGRESSION SUBJECT

Maria Luiza Gorga

malu.gorga@gmail.com

Advogada criminal. Pós-graduanda em Direitos Fundamentais pelo *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

RESUMO

Será analisada a temática da segurança jurídica a partir da interferência do ativismo judicial pela perspectiva da atuação da Corte Constitucional brasileira, a qual vem ampliando o rol de direitos garantidos aos cidadãos – independentemente de previsões legislativas a respeito. Visa-se alcançar uma conclusão a respeito de se, a estes casos, o princípio da vedação ao retrocesso seria válido e aplicável, vindo a tolher futuras intervenções legislativas. Trata-se de tema atual e relevante, ante as discussões a respeito da atuação do Poder Judiciário, que por vezes adota caráter legislativo, bem como pelas manifestações populares que clamam por garantia de direitos pelo Estado, e a real efetividade destes.

PALAVRAS-CHAVE:

Segurança jurídica. Ativismo judicial. Direitos fundamentais. Vedação ao retrocesso.

ABSTRACT

The issue regarding the principle of legal certainty will be analyzed from the perspective of the judicial activism perpetrated by the performance of the Brazilian constitutional court, which has been expanding the list of rights guaranteed to citizens – regardless of the existence of legislative predictions. The goal is to reach a conclusion as to whether, in these cases, the principle of prohibition of retrocession would be valid and enforceable, coming to hinder future legislative interventions, or not. It is a current and relevant issue, set in front of the discussions about the role of the judiciary system, which sometimes adopts a legislative persona, as well as by popular demonstrations calling for more rights to be guaranteed by the State, and the actual effectiveness of these rights.

KEYWORDS:

Legal certainty. Judicial activism. Fundamental rights. Prohibition of retrocession.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Segurança jurídica. 2. A proibição de retrocesso. 3. Exemplos de decisões judiciais que contemplam o princípio. 4. Ativismo judicial. 5. Decisões judiciais e ativismo: casos concretos. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O aparelho estatal surgiu como aparato para mecanizar tarefas, visando à organização e à hierarquização da vida político-administrativa de forma que mantenha a coesão social. Tal aparato baseia-se no clássico tripé de separação dos poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário – sobre o qual as teorias constitucionais

criaram diversos outros mecanismos, como o denominado sistema de freios e contrapesos¹, os quais, no entanto, não interessam a este estudo.

Contudo, o cerne do princípio da separação dos poderes permanece até hoje, visando evitar-se o que Montesquieu já considerava um erro que poderia colocar em risco a vida em uma sociedade organizada: busca-se evitar que se concentrem em uma mesma pessoa ou órgão as tarefas de criar leis, julgar conflitos e executar atos da administração pública².

Ocorre que, no Brasil, com os princípios abarcados pela Constituição de 1988, houve a abertura de um espaço para que interpretações construtivistas fossem realizadas pelas Cortes nacionais, tendo-se em vista a ineficácia dos outros poderes em alcançar os objetivos fundamentais da República, listados na Constituição Federal em seu artigo 3º.

Assim, tendo em vista esta incapacidade sistêmica³, tem-se cada vez mais sido visto o chamado ativismo judicial, o qual será mais detidamente analisado no corpo deste trabalho, mas que em suma consiste na atuação do Poder Judiciário como garantidor da efetividade de direitos subjetivos, inclusive atuando de forma que concretamente crie normas, invadindo a esfera de atuação dos demais poderes⁴.

Assim, diante deste quadro de não efetivação de direitos, foi-se exigindo uma reconfiguração da própria função clássica dos diversos poderes públicos, paulatinamente, em decorrência principalmente da construção de uma nova teoria jurídica destinada a fornecer os instrumentos teóricos capazes de permitir a concretização dos direitos, sobretudo os não individuais.⁵

Claro fica que, se o princípio constitucional não encontra ressonância nas ações concretas dos Poderes Legislativo e Executivo, aumenta exponencialmente o risco de uma tensão com o Poder Judiciário, surgindo assim um retesamento exacerbado entre princípio democrático e garantias.⁶

Como explicitado por André Ramos Tavares:

Ademais, a crítica à legitimidade da Justiça Constitucional na sua vertente chamada 'substantiva', mais ativista e menos distante dos problemas sociais, recorre frequentemente à 'separação de poderes'. (...) Isso é feito não sem se incidir em certa inconsistência interna, já que se o tribunal puder definir

1 VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Liberty Fund Inc., p. 2. 1998.

2 MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, p. 181, 1993.

3 Neste sentido, cf.: BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 15 de agosto de 2013. p. 9.

4 "Opções políticas de não implementação ou da (tradicional) situação de violação são ilegítimas do ponto de vista da Constituição e devem sofrer a 'intervenção' do juiz constitucional." TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

5 COPETTI, André. A jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul: Notadez, v. 2, n. 7, p. 19-44, 2002. p. 17.

6 *Idem*. p. 17-18.

livremente a própria cláusula da ‘separação de poderes’, por se tratar de mais uma cláusula da Constituição, então a sua interferência em setores que seriam tradicionalmente pertencentes ao espaço parlamentar restaria fundamentada pela justificação inicial em manipular referida cláusula.⁷

Parece adequado o posicionamento do eminente doutrinador, posto que a atuação ativa do Poder Judiciário se coaduna com os princípios constitucionais e não coloca, *a priori*, a segurança jurídica em xeque, pois mesmo esta forma de atuação deve se alinhar aos princípios e normas do ordenamento jurídico pátrio⁸.

1. SEGURANÇA JURÍDICA

Com este breve introito, podemos prosseguir com a análise do princípio da segurança jurídica, base de um Estado justo e igualitário, posto que essencial para a convivência harmônica e sensação de paz social.

Conforme ensina o excelso doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da segurança jurídica “é, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”⁹.

Desta forma, certo é que independentemente de uma menção expressa a um direito à segurança jurídica, já se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também, a princípio, um Estado de segurança jurídica, pois conforme Ingo Sarlet:

do contrário, também o ‘governo das leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. (...) Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.¹⁰

7 TAVARES, André Ramos. *Op. cit.* p. 62.

8 Neste sentido: “A segurança jurídica promovida pelo Direito codificado não significa apenas que o comportamento dos tribunais se tornou mais previsível, que o interessado poderia estar mais bem preparado para a jurisprudência futura (...). A segurança jurídica significa também que a correção da ação dos tribunais passou a poder ser controlada de forma mais exata – no pressuposto já mencionado de que esta correção estivesse em conformidade com a lei.” KAUFMANN, A., HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 285. Ainda, cf.: ZANIN, Renata Baptista. A (in)vulnerabilidade dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: ESDC, n. 11, p. 171-191, jun. 2008. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-171-Renata_Zanin.pdf>. Acessado em: 15 de agosto de 2013. p. 188.

9 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar.-mai. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acessado em: 12 de agosto de 2013. p. 5.

Pode-se considerar que o princípio da segurança jurídica se desdobra em outros princípios, quais sejam¹¹:

I. O princípio da precisão e determinabilidade dos atos normativos – que consiste na clareza das proposições, tendo em vista o homem médio, devendo também ser densas, ou seja, conter a disciplina jurídica completa para que possa servir a seus fins;

II. O princípio da proibição dos pré-efeitos – ou seja, a norma não pode começar a produzir efeitos antes de sua entrada em vigor; e

III. A proibição da retroatividade das leis – o que é diferente da chamada retrospectividade, ou seja, a situação é afetada, porém a norma só produz efeitos no futuro do fato, ou de outra forma, é uma situação do passado que ainda produzia efeitos e, por isso, será afetada pela nova norma.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988, além de mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, a incluiu junto aos direitos arrolados no *caput* do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade, denotando seu caráter elevado e a necessidade de que esta oriente a atuação do Estado.

Sendo os direitos que se encontram colacionados ao lado da segurança jurídica os denominados direitos fundamentais cujo reconhecimento e garantia têm sido considerados como de primeira importância para a efetividade da dignidade da pessoa humana, torna-se claro que a proteção destes apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica¹².

Com tal quadro em mente, de forma que bem traduz o instituto da segurança jurídica, Alex Mascaró pontua que:

Dadas as necessidades sociais de segurança para planejar, conduzir e organizar a vida particular e pública, a segurança jurídica se impõe como claro instituto do direito brasileiro, constituindo-se em um direito fundamental do cidadão, que se materializa em princípios como a legalidade, a igualdade, a irretroatividade, direito à propriedade, bem como todas as outras garantias ofertadas pelo artigo 5º da Carta Constitucional.¹³

Ademais, é a segurança jurídica fundamental não apenas para a proteção dos direitos fundamentais, mas, sobretudo, para a própria caracterização da Justiça¹⁴, pois como poderá o sistema ser considerado justo se não houver previsibilidade

11 URBANO, Maria Benedita. Palestra no curso de Pós Graduação em Direitos Fundamentais (IBCCRIM – Universidade de Coimbra), realizada em São Paulo, 6 de julho de 2013, intitulada: *Segurança jurídica, princípio da legalidade e direitos fundamentais*.

12 *Idem*. p. 9.

13 MASCARÓ, Alex Antonio. *Segurança jurídica e coisa julgada: sobre cidadania e processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 54.

14 CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito: caminhos para a superação do paradigma formalista*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. (Coleção: Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 1). p. 51.

de suas possíveis decisões, bem como estabilidade dos atos realizados e direitos adquiridos?

Nesta lógica da previsibilidade, o judiciário brasileiro adotou, pelas instâncias superiores, a figura das decisões com repercussão geral – que vinculam a todos os demais magistrados sobre o tema –, bem como o instituto da súmula vinculante, de forma que melhore a eficácia do Poder Judiciário, bem como dar maior segurança às partes em litígio.¹⁵

Desta forma, conclui que o precedente das Cortes Superiores atualmente faz parte do Direito vigente no país, sendo norma jurídica que prescreve padrões de comportamento, cria expectativas, produz confiança e influencia todos os setores da vida social.¹⁶

Assim sendo, claro fica que a ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito depende da existência da segurança jurídica, devendo esta valer para atos de qualquer um dos três Poderes.

2. A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Em matéria de direitos fundamentais, o acima mencionado princípio da segurança jurídica não é o único instituto que visa a proteger as garantias conquistadas¹⁷, existindo também o princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso, o qual pode ser considerado um desdobramento necessário do instituto da segurança jurídica, acima mencionado.

De forma que bem expõe o núcleo essencial do princípio em comento, o ilustre Ministro Luís Roberto Barroso é claro:

por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.¹⁸

15 A este respeito: “Portanto, não se pode ignorar que esse modelo permite assegurar direitos fundamentais na base da igualdade e da segurança jurídica. Trata-se de um modelo que proporciona paradigmas à atuação sequencial do Judiciário e da Administração Pública.” TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 101.

16 MELO, Gustavo de Medeiros. Limites à retroatividade do precedente uniformizador de jurisprudência. *Direito e Liberdade*, Natal, v. 11, n. 2 (5), p. 41-71, 2009.

Disponível em: <http://www.esmam.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/319/342>. Acessado em: 30 de julho de 2013. p. 50.

17 A respeito dos direitos adquiridos: “Pela consagrada conceituação, podemos abstrair que o direito adquirido se refere àquele direito criado **por um fato**, seguindo os ditames das leis vigentes naquele momento sendo, deste modo, imodificável mesmo com lei posterior dizendo o contrário.” *Idem*. p. 57. (g.n.) Entendemos que o fato referido pelo autor pode ser tanto uma lei quanto uma decisão judicial, ou mesmo ato do Poder Executivo.

18 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

Entretanto, é importante destacar que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo – de efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações – mas também contra medidas denominadas retrocessivas, sendo estas medidas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Para entender esta figura, basta pensar na possibilidade de o legislador suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos.¹⁹

Ainda, conforme Sarlet:

Note-se que a proteção contra eventual retrocesso, mesmo no campo dos direitos fundamentais, também não abrange apenas os direitos de cunho prestacional (positivo) embora nesta esfera seja mais usual e possivelmente mais impactante no que diz com as suas consequências, mas também alcança a proteção de outros direitos sociais, bastando aqui referir os direitos dos trabalhadores (boa parte dos quais são, em primeira linha, direitos de defesa [negativos]).²⁰

A melhor explicitar quanto acima disposto, o ilustre doutrinador prossegue:

sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.²¹

Também a este respeito, em outra lição:

Interessa-se, também, pelo exímio estudo da jurista lusitana Cristina Queiroz, que, ao versar acerca do princípio da proibição de retrocesso social, em especial no contexto do constitucionalismo português, perfilha a tese da “irreversibilidade” dos direitos sociais fundamentais constitucionalmente consagrados por assumirem a função de “guarda de flanco” desses direitos e pretensões no

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais*: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível.

Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acessado em: 20 de agosto de 2013. p. 8.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar.-mai. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acessado em: 12 de agosto de 2013. p. 18.

21 *Idem*. p. 19.

seu conjunto ao garantir o grau de concretização já obtido, transformando-se, por assim dizer, numa espécie de “densificação” de direitos fundamentais. Segundo ela, ainda que os direitos de natureza prestacional não imponham uma obrigação de “avançar”, estabelecem, contudo, uma proibição de retroceder.²²

Sendo assim, a proteção dos direitos fundamentais, notadamente de seu núcleo essencial²³, deve ser imposta não apenas contra reformas constitucionais, mas também contra qualquer ato do legislador ordinário e demais órgãos – por exemplo, decisões judiciais não podem suprimir ou contrariar a existência de direitos já garantidos –, estando este princípio em estreita relação com o instituto da segurança jurídica²⁴.

3. EXEMPLOS DE DECISÕES JUDICIAIS QUE CONTEMPLAM O PRINCÍPIO

Este princípio, com a concepção acima destacada, encontrou acolhida na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, tendo-se, por exemplo, o Acórdão n. 39, de 1984, no qual se declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado parte significativa da Lei do Serviço Nacional de Saúde, tendo sido argumentado que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde, garantido pela Constituição portuguesa – a qual previa, inclusive, a realização deste direito fundamental mediante a criação de serviço de saúde nacional, geral e gratuito.²⁵

Um exemplo da jurisprudência pátria se encontra no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito ao salário-maternidade seria uma cláusula pétrea, tendo havido uma aplicação, ainda que não tão evidente, do princípio em comento.²⁶

22 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Direito Público*, Porto Alegre: IDP, ano 7, n. 34, p. 07-40, jul.-ago. 2010. p. 32.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar.-mai. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acessado em: 12 de agosto de 2013. p. 34.

24 A este respeito, cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2, n. 1, p. 769-820, 2013. p. 782-783.

25 SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acessado em: 20 de agosto de 2013. p. 15.

26 GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria: análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html>. Acessado em: 25 de agosto de 2013. p. 5.

Outros exemplos²⁷ do Supremo Tribunal Federal são encontrados nos seguintes acórdãos:

I. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.065/DF, a qual não foi conhecida por decisão da maioria, vencido o Relator que entendeu que merecia aplicação o princípio da vedação de retrocesso social em relação à Medida Provisória n. 1.911-8, que extinguiu órgãos de deliberação colegiada, revogando dispositivos das Leis n.s 8.212/91 e 8.213/91, que dispunham sobre o caráter democrático da gestão da Seguridade Social. O Relator, acompanhado por outros Ministros, pretendia assegurar eficácia negativa mínima às normas programáticas, tendo afirmado que seria inconstitucional criar omissão que anteriormente não existia; e

II. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.104/DF, julgada improcedente por decisão da maioria do Plenário, na qual questionava-se a constitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional n. 41/2003, tendo entendido a Corte que o art. 8º da Emenda Constitucional n. 20/98 não criou direito subjetivo aos servidores que não haviam implementado os requisitos para aposentadoria à data de sua publicação.

Registrou a Relatora, ao manifestar-se sobre as sustentações orais feitas pelos *amici curiae*, que haveria ofensa ao princípio da vedação de retrocesso social caso fosse extinta a possibilidade de aposentadoria, esse sim um direito social, não incidindo o referido princípio em se tratando de adaptação de critérios de transição para um novo modelo previdenciário. Prevaleceu, no caso, o entendimento de que não há direito adquirido a regime remuneratório para servidores públicos estatutários.

4. ATIVISMO JUDICIAL

Toda a discussão a respeito da segurança jurídica e da proibição de retrocesso, princípios intimamente ligados, relaciona-se ainda com uma questão atual e que cada vez tem aparecido com maior destaque – o ativismo judicial e, consequentemente, seus limites.

De uma forma simplificada, o ativismo judicial estará presente sempre que o Poder Judiciário, extrapolando o seu conjunto de atribuições, emane uma decisão judicial que, pelo menos teoricamente, invadir a esfera restrita de um dos outros dois Poderes (Legislativo ou Executivo) – em especial do Poder Legislativo.²⁸

Esta figura se manifesta, de acordo com Luiz Roberto Nunes, em duas vertentes:

ou se trata de ativismo inovador, isto é, quando o juiz partindo do zero cria uma norma a ser aplicável àquele caso concreto, ou se trata de ativismo revelador, quando o juiz se socorrendo dos princípios constitucionais, tomados

27 Para estes e outros exemplos, cf.: *Idem*. p. 10.

28 NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 38, p. 57-74, 2011. p. 64-65.

como um imenso ‘guarda-chuvas’ sob o qual se abrigam todos os casos, interpreta e decide.²⁹

Cabe ressaltar que, no moderno Estado de Direito, não se pode imaginar que os juízes sejam apenas “boca da lei”, já que o Judiciário não possui uma atuação meramente objetiva, pois cada vez mais, ante os desafios sociais, que se apresentam de forma altamente complexa, de forma bem mais dinâmica em sua relação com os cânones positivistas e à evolução legislativa, cabe aos magistrados interpretar e declarar livremente o direito para aquele caso concreto – e é esta margem de ação que deve ser aplicada de forma consciente, pois se aplicada de forma subjetiva e desgarrada de certos padrões técnicos, certamente desembocará em um ativismo judicial prejudicial.³⁰

Esta constatação quanto ao novo contexto político e social pode levar a uma facilidade de justificação de posturas ativistas por parte do Poder Judiciário, e quanto a isso André Ramos Tavares é enfático:

Com muita facilidade se utiliza o discurso dos direitos fundamentais, desde a teoria de Kelsen, como legitimador de uma postura não majoritária e, desde essa perspectiva, mais ativa e intervencionista da Justiça Constitucional (tribunais constitucionais, cortes supremas e, de uma maneira geral, o *judicial review*) em âmbito que seria, numa concepção clássica, exclusivamente político. Isso é recorrente na literatura nacional e estrangeira.³¹

Prosseguindo em sua definição, a mencionada postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, entre elas³²:

I. aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto – independentemente de manifestação do legislador ordinário;

II. declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os tradicionais (de patente e ostensiva violação da Constituição); e

III. imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, principalmente em matéria de políticas públicas.

No entanto, seria algo prejudicial essa postura ativista? Estariam eventuais justificações buscando apenas ocultar um equívoco ou há substrato para tal posicionamento?

Respondendo a parte destes questionamentos, novamente André Ramos Tavares afirma que:

29 *Idem*. p. 66.

30 *Ibidem*.

31 TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 63.

32 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 15 de agosto de 2013. p. 6.

em muitos ordenamentos, especialmente quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção (e exigência) de uma atuação substantiva (ativista, se se quiser) do juiz constitucional, como implementador da Constituição, a referida exclusão é dogmaticamente inadmissível.³³

Concordamos com tal afirmação, pois a colocação do Poder Judiciário e, sobretudo, dos Tribunais Superiores, como guardiões da Constituição e dos direitos fundamentais³⁴ não permite que estes permaneçam passivos, decidindo apenas de acordo com o Direito posto nas leis, excluindo-se do contexto social e da situação de ineficácia – e mesmo inexistência – das garantias e direitos fundamentais.

O que se verifica no cenário brasileiro é que o Judiciário deixou de ser um departamento meramente técnico-especializado em questões de Direito, transformando-se em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive impondo-se no confronto com os outros Poderes.³⁵

Sendo o nosso sistema de controle constitucional extremamente abrangente, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada às Cortes Superiores³⁶, o que apenas reforça seu caráter guardião, devendo atuar, no caso concreto, de formas em que o Legislador ou o Executivo deixaram de atuar.

A respeito deste cenário, manifestou-se o Exmo. Ministro Luis Roberto Barroso:

A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.³⁷

Assim, verifica-se claramente que o Judiciário, no Brasil recente, tem exibido posições claramente ativistas, impelido pela falta de atuação do Poder Legislativo e pelo afastamento entre a sociedade e a classe política. A exemplificar atuações neste sentido:

Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em

33 *Idem.* p. 68.

34 A respeito do que ocorreria caso não existisse tal previsão, cf.: “permitir que o legislador assumia, isoladamente e livremente, o risco de não implementar certos direitos mínimos, ou um mínimo de certos direitos, permitiria a transformação constitucional do Estado democrático e social em puro Estado liberal descomprometido com valores comunitários. (...) Ocorreria o retorno à prepotência do Parlamento e a prevalência das decisões majoritárias em detrimento das minorias.” *Idem.* p. 71.

35 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 15 de agosto de 2013. p. 3.

36 *Idem.* p. 4.

37 *Idem.* p. 6.

nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em nenhuma regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

(...)

na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial.³⁸

Certo é que a judicialização exacerbada de conflitos sociais, assim como o ativismo, envolve riscos, sendo questões que envolvem a legitimidade democrática – por não serem os membros do Poder Judiciário democraticamente eleitos –, a politização da justiça e a eventual falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.³⁹

Entretanto, tais riscos se atenuam caso juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis, não atuando eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular – pois são representantes e intérpretes das leis, estas elaboradas por representantes eleitos diretamente pela população⁴⁰ – visualizando-se assim, uma saída para os argumentos da problemática de falta de representatividade.

Não apenas é possível que eventuais riscos e questionamentos sejam minimizados, mas a própria ampliação da atuação do Supremo Tribunal Federal, em matéria jurisdicional constitucional, é uma técnica garantista – tendo sido escolhida de forma consciente pelo legislador constituinte originário – de asseguramento de uma real efetividade dos direitos sociais. Para tanto, inúmeros mecanismos processuais foram oferecidos pelo texto constitucional, e somente não foram plenamente eficazes em razão de restrições que o modelo liberal de separação de poderes impôs à atuação de nossa Corte Suprema.⁴¹

Com isto em mente, pode-se argumentar que o ativismo judicial era não apenas permitido – mas desejado – pelo legislador constitucional. Os questionamentos que ocorrem se dão meramente pelo embate entre os Poderes, ainda calcados no modelo liberal de separação, o qual deve ser superado para que se atinjam efetivamente as finalidades de um Estado Social e Democrático de Direito.

38 *Idem.* p. 7-9.

39 *Idem.* p. 17-18.

40 *Ibidem.*

41 COPETTI, André. *Op. cit.* p. 30.

A justiça brasileira, que é frequentemente vista como burocrática, lenta e ineficiente, é a mesma que “engaja-se intensamente nas principais questões de política pública nacionais, vê seus instrumentos de ação aumentarem mais e mais e é enxergada como canal de representação de minorias e de grupos sociais excluídos do processo político formal”⁴² – com uma atuação que pode vir a promover, se bem aplicada⁴³, uma verdadeira revolução democrática e social, com a ampliação da efetividade e eficácia de direitos fundamentais, sobrepondo-se à morosidade e à falta de interesse dos demais Poderes.

5. DECISÕES JUDICIAIS E ATIVISMO: CASOS CONCRETOS

De forma que encerre a temática do ativismo judicial ora em análise, de rigor que se coloquem outros exemplos desta atuação pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, a batalha judicial que foi travada em torno da contribuição previdenciária dos inativos é um exemplo expressivo do potencial transformador do ativismo judicial.

Isso porque, apesar de o governo se ter saído vencedor por apenas três votos de vantagem, teve de arcar, mesmo assim, com uma vitória parcial, já que o voto vencedor do Ministro Cezar Peluso manteve a constitucionalidade da política mas houve por bem aumentar o limite de isenção respectivo de R\$ 1.505,23 para R\$ 2.508,72, em decisão que poderia ser compreendida, eventualmente, como demonstrativa do exercício de competências legislativas pelo órgão judiciário, para além do mero poder de veto.⁴⁴

Outro exemplo, com grandes implicações na vida civil de todo o país, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso que envolvia a possibilidade de greve dos servidores públicos civis. Neste, no Mandado de Injunção n. 708/DF, foi determinado que, à falta de legislação específica disciplinando o direito de greve para o setor público, deveriam ser aplicadas as leis do direito de greve da iniciativa privada – efetivamente criando direito anteriormente inexistente.

Houve, ainda, a decisão do Supremo Tribunal Federal no famoso Caso Ellwanger (HC n. 82.424), no qual a Corte Suprema inovou, criando nova hipótese de fato a ser enquadrado no crime de racismo, ao entender que o antissemitismo se inseria em tal delito, ampliando o entendimento então expresso.

42 VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo: FGV, p. 407-440, jul.-dez. 2008. p. 411.

43 A este respeito, cf.: “A arbitrariedade das decisões de um juiz constitucional é algo plausível, pois ‘a Corte Constitucional não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática em eventual risco para a democracia’ (Martins, Mendes, 2001: 169). A consistência e o refinamento dos métodos de trabalho da Justiça Constitucional, portanto, são parte integrante da discussão acerca de sua legitimidade de atuação no âmbito dos direitos fundamentais.” TAVARES, André Ramos. *Op. cit.* p. 66.

44 VERISSIMO, Marcos Paulo. *Op. cit.* p. 413.

Outros exemplos importantes no cenário nacional⁴⁵:

I. Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI n. 3.510/DF).

Por maioria, a Corte Suprema julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2205), o qual autoriza e disciplina as pesquisas científicas com embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização in vitro, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos.

Prevaleceu o voto do relator no sentido de que não havia, na hipótese, violação ao direito à vida, nem tampouco ao princípio da dignidade da pessoa humana;

II. Prisão por dívida. (HC's 87.585/TO e 92.566; RE's 349.703 e 466.343).

No conjunto de casos identificados acima, o Supremo Tribunal Federal reviu sua antiga jurisprudência na matéria, relativamente à possibilidade de prisão do depositário infiel.

Diante da circunstância de o Brasil ser signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, que restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia, o ordenamento pátrio passou a considerar derogadas as leis que previam a prisão do depositário infiel, inclusive nas hipóteses de alienação fiduciária e de depósito judicial – tendo prevalecido a tese do *status* supralegal, mas infraconstitucional, das normas decorrentes de tratados internacionais; e

III. Restrições ao uso de algemas (HC 91.952/SP).

O Tribunal Constitucional, por unanimidade, anulou decisão condenatória proferida por Tribunal do Júri, em razão de o acusado ter sido mantido – desnecessariamente – algemado.

Entendeu-se que, no caso, não havia uma justificativa socialmente aceitável para submeter o acusado a tal humilhação, que é por demasiado vulneradora da dignidade da pessoa humana, além de ferir o princípio da não culpabilidade – inclusive podendo incutir nos jurados a percepção de que se estaria diante de acusado de alta periculosidade.

Como desdobramento deste julgamento foi editada a Súmula n. 11⁴⁶ – esta edição foi criticada, sob o fundamento de que se basearia em um único precedente, quando a Constituição exige reiteradas decisões, no entanto tal fato só vem a reiterar a posição ativista do Judiciário, sobretudo na proteção da dignidade da pessoa humana.

45 Para referência a estes e outros exemplos, cf.: BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 15 de agosto de 2013. p. 23-29.

46 “Só é lícito o uso de algemas em caso 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”.

Conquanto existam inúmeros outros exemplos de ativismo judicial no cenário brasileiro, o qual não se restringe aos tribunais superiores, a colação de mais exemplos não viria a acrescentar ao quanto já exposto, pelo que se encerra a presente exposição. Portanto, após todo o exposto, permitimo-nos chegar a alguma conclusão.

CONCLUSÃO

Claro fica que para parcela da doutrina o ativismo judicial é um instrumento apto a resolver apenas problemas pontuais, não sendo adequado para resolver a inércia do legislador – o que, por vezes, poderia acabar incentivando.⁴⁷

Entretanto, mesmo tendo em vista a problemática acima, não se pode negar o papel de reserva de minoria exercido pelos tribunais, sobretudo pelo Tribunal Constitucional – no Brasil, o Supremo Tribunal Federal –, que atua protegendo grupos minoritários não representados – ou inadequadamente representados – pelos órgãos Legislativos, o que os torna, neste aspecto, também órgão de proteção democrática.⁴⁸

Assim, para esta segunda corrente, o ativismo judicial pode ser positivo, extraindo “o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito”⁴⁹.

Filiamo-nos a esta corrente, com a ressalva de que, conquanto o ativismo judicial seja uma solução para a proteção de minorias, bem como para o preenchimento de lacunas normativas deixadas pelo Poder Legislativo, forçando o Estado brasileiro a adotar posturas condizentes com o Estado Social e com a evolução dos direitos humanos e fundamentais, esta não pode ser a única saída.

O ativismo judicial, por enquanto, contribui para a efetividade dos direitos fundamentais e para a segurança jurídica – na medida em que dá, àqueles que procuram o Judiciário, os direitos que já eram esperados pela leitura do texto constitucional brasileiro e demais normas que tratam de direitos humanos.

Tais direitos e garantias, concedidos por decisões judiciais, não devem – e não podem –, ser desfeitos pelos demais poderes, quando decidam estes sair de seu torpor e afastamento, sob pena de se violar a segurança jurídica – tanto do que adquirido materialmente, quanto do avanço realizado jurisprudencialmente – e se incorrer em verdadeiro retrocesso social, o que é absolutamente inadmissível em matéria de direitos fundamentais.

47 Com este posicionamento, cf.: URBANO, Maria Benedita. Palestra no curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais (IBCCRIM – Universidade de Coimbra), realizada em São Paulo, 6 de julho de 2013, intitulada: *Segurança jurídica, princípio da legalidade e direitos fundamentais*.

48 *Ibidem*.

49 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acessado em: 15 de agosto de 2013. p. 7.

Sendo assim, expansão do Judiciário, ainda que constitucional e democrática, deve ser acompanhada da resolução da crise política, especialmente no Poder Legislativo, que é moroso, burocrático e não-representativo⁵⁰, sem, no entanto, se desfazer os enormes avanços já conseguidos pela via do ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2013.
- _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Direito Público*, Porto Alegre: IDP, ano 7, n. 34, p. 07-40, jul.-ago. 2010.
- COPETTI, André. A jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul: Notadez, v. 2, n. 7, p. 19-44, 2002.
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito: caminhos para a superação do paradigma formalista*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. (Coleção: Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 1)
- GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria: análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html>. Acessado em: 25 de agosto de 2013.
- KAUFMANN, A., HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- MASCARO, Alex Antonio. *Segurança jurídica e coisa julgada: sobre cidadania e processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MELO, Gustavo de Medeiros. Limites à retroatividade do precedente uniformizador de jurisprudência. *Direito e Liberdade*, Natal, v. 11, n. 2 (5), p. 41-71, 2009. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/319/342>. Acessado em: 30 de julho de 2013.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003.

50 Nesta linha, cf.: *Ibidem*.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 38, p. 57-74, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2, n. 1, p. 769-820, 2013.

_____. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingowolfgang_sarlett.pdf>. Acessado em: 20 de agosto de 2013.

_____. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar.-mai. 2010. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf)

21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>. Acessado em: 12 de agosto de 2013.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

URBANO, Maria Benedita. Palestra no curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais (IBCCRIM – Universidade de Coimbra), realizada em São Paulo, 6 de julho de 2013, intitulada: *Segurança jurídica, princípio da legalidade e direitos fundamentais*.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo: FGV, p. 407-440, jul.-dez. 2008.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Liberty Fund Inc., 1998.

ZANIN, Renata Baptista. A (in)vulnerabilidade dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: ESDC, n. 11, p. 171-191, jun. 2008. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-11/RBDC-11-171-Renata_Zanin.pdf>. Acessado em: 15 de agosto de 2013.

Submissão: 10/04/2014

Aprovação: 08/10/2014

**INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA:
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A LEGITIMIDADE
EXTRAORDINÁRIA NA DEFESA DE INTERESSE
PARTICULAR**

PROGRESSIVE UNCONSTITUTIONALITY: THE
PUBLIC ATTORNEY AND THE EXTRAORDINARY
LEGITIMACY IN DEFENSE OF PRIVATE INTERESTS

João Pedro Soares Schmidt

schmidt_jp@hotmail.com

Graduando em Direito no UNISAL U.E. Lorena (SP).
Graduando em Filosofia no Centro Universitário Claretiano.
Professor de Filosofia na rede estadual de educação. Bolsista
de iniciação científica (BIC-SAL) entre 2011 e 2012.

Vinicius Setubal Maffei

vsm1992@hotmail.com

Graduando em Direito no UNISAL U.E. Lorena (SP).
Estagiário de Direito pelo Ministério Público do Estado
de São Paulo. Membro do grupo de estudo de Direitos
Humanos e Direito Internacional Penal UNISAL U.E. Lorena.

RESUMO

Em 29 de junho de 1994, o Supremo Tribunal Federal, valendo-se das construções jurisprudenciais alemãs de denunciação da inconstitucionalidade sem incidência dos efeitos da nulidade, declarou o art. 68 do CPP *ainda constitucional*. Deste modo, ficou assentada a competência do Ministério Público na defesa de interesses particulares na ação civil de reparação *ex delicto* em favor de pessoa pobre, enquanto restar inoperante ou inexistente a Defensoria Pública – órgão titular da competência nesses casos por determinação constitucional. Posto isto, visa-se, por meio do presente artigo, não somente uma aprofundada investigação das circunstâncias de tal julgamento, mas também a explicação das três teorias alemãs de mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no modelo austríaco e seu fulcro teórico no contexto do neoconstitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE

Inconstitucionalidade progressiva. Neoconstitucionalismo. Ministério Público.

ABSTRACT

On June 29, 1994, Brazilian Supreme Court, using the German jurisprudence construction of denouncing the unconstitutionality without incurring on the effects of nullity, declared that the article 68, from Brazil's Criminal Procedure Code, is *still a constitutional norm*. This way, the Public Attorney's competence in defending the private interests of economically hyposufficientes – due to civil actions of *ex delicto* reparation – was declared, while remains inoperative or non-existent the Public Defenders institution (organ which holds competence in these cases, under the constitutional determination). Hereupon, the following article intends not only to elucidate the circumstances of the refered judgment, but also to explanate the three German theories about unconstitutionality effects mitigation on the Austrian model and its theoretical core, in the context of neoconstitucionalism.

KEYWORDS

Progressive unconstitutionality. Neoconstitucionalism. Public Attorney.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Evolução dogmática constitucional para a técnica da inconstitucionalidade progressiva. 2. A inconstitucionalidade progressiva da atuação ministerial na defesa de interesses particulares. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo, ou a constitucionalização dos direitos, é um fenômeno histórico ainda em constante desenvolvimento cujo eixo principal centra-se na ideia de uma norma fundamental superior, rígida, escrita e que possui dúplici função: garantir os direitos e deveres fundamentais dos cidadãos e limitar o poder de mando estatal.¹

Ainda que este seja um conceito ideal que diverge, em certos pontos, dos três principais modelos históricos de constitucionalismo – o estadunidense, o francês e o inglês – conforme ressaltado por Canotilho², é extremamente eficaz ao sintetizar a constituição como uma norma basilar que constitui pressuposto de validade de todo um ordenamento jurídico, quer seja este posterior ou anterior à sua promulgação. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.³

Sendo assim, do fato de nenhum dispositivo subsistir ante a constituição, se contrário a esta⁴, surge a construção do controle de constitucionalidade, cujo procedimento visa justamente a imposição de sanções àqueles comandos contrários à Carta Magna: a declaração de inconstitucionalidade com subsequente e retroativa invalidação do ato normativo maculado e, por conseguinte, ineficaz.⁵ Isto pois, conforme explicitado por Hans Kelsen e citado por Gilmar Ferreira Mendes, “[...] uma constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a

1 “As constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 44. Para maiores informações acerca da supremacia e rigidez constitucional vide: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

2 “Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. [...] Trata-se, porém, de um conceito ideal que não corresponde sequer – como a seguir se demonstrará – a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo”. CANOTILHO J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

3 BARROSO Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

4 Ressalte-se que nem ao menos direitos adquiridos subsistem em face de nova ordem jurídica, instituída pelo poder constituinte originário. Vide: GOMES, Maurício Antunes. Os direitos adquiridos em face da Nova Constituição. *Justiça*, São Paulo, n. 51 (148), out./dez. 1989, p. 101-103.

5 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op cit, p. 34.

subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante".⁶ Este é também o entendimento proferido por J.J. Gomes Canotilho na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*:

Se o controlo de constitucionalidade dos actos normativos é um dos meios de defesa e garantia da força normativa da constituição, justifica-se que, para ele ser efectivo e eficaz, as violações das normas e princípios constitucionais captadas em sede de fiscalização judicial sejam acompanhadas de sanções adequadas. Trata-se, pois, de saber qual a reacção da constituição perante actos normativos comprovadamente desconformes com as suas normas e princípios. O princípio da prevalência da constituição não deixa margem para dúvidas relativamente à sanção geral aplicável a um acto normativo colidente com o parâmetro normativo-constitucional – *inconstitucionalidade*.⁷

Contudo, no aguçado avanço da jurisdição constitucional⁸ observou-se que, dependendo das nuances do caso concreto, a invalidação cabal de uma norma em decorrência de inconstitucionalidade – logo, com efeitos retroativos à data da promulgação do ato jurídico – poderia causar danos irreparáveis, encontrar barreiras de impossibilidade fática ou incorrer em manifestas injustiças. Deve-se isto ao fato de que relações jurídicas constituídas com base na presunção *juris tantum* de constitucionalidade, de que gozam todos os atos emanados do Poder Público, teriam de ser refeitas em sentido diametralmente oposto, abalando-se a segurança jurídica.

Posto isto, o Supremo Tribunal Federal, em mais de um caso, adotou prudente jurisprudência no sentido de não somente modular os efeitos da decisão que declara inconstitucional uma norma (excluindo-se a retroatividade e adotando-se efeitos *ex nunc*⁹), como também impôs vacância à efetividade de suas decisões, de modo que mesmo eivando-se a norma de vício constitucional, continuará esta a

6 KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione, in *La giustizia costituzionale*. Apud, MENDES Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires, BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1003.

7 CANOTILHO J.J. Gomes. Op cit, p. 947.

8 "*Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade*". BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op cit, p. 25.

9 Vide os seguintes casos nos quais o STF não extinguiu, de plano e/ou retroativamente, a eficácia das normas inconstitucionais: RE 78533 / SP – SÃO PAULO. Relator(a): Min. FIRMINO PAZ Relator(a) p/ Acórdão: Min. DÉCIO MIRANDA Julgamento: 13/11/1981. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 26-02-1982 PP-01290; ADI 3615 / PB – PARAÍBA. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 30/08/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 09-03-2007 PP-00025; RE 122202 / MG – MINAS GERAIS. Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK. Julgamento: 10/08/1993. Órgão Julgador: Segunda Turma; ADI 2240 / BA – BAHIA. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 09/05/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-072; ADI 3316 / MT – MATO GROSSO. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 09/05/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-047.

produzir efeitos enquanto persistirem as condições fáticas que impedem a vontade do poder constituinte de se efetuar concretamente.¹⁰

Esta foi a orientação seguida no julgamento do Recurso Extraordinário 135.328/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, que declarou, em sede de controle difuso, a *ainda* constitucionalidade do art. 68 do Código de Processo Penal, segundo o qual “quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público”. Como é notório, com a vinda da Carta Magna de 1988, a competência para postulação em juízo em favor dos necessitados foi transferida para a Defensoria Pública, consoante o art. 134, CF/88.¹¹

O referido acórdão será abordado em tempo oportuno no transcorrer do presente artigo. Por hora, ressalte-se que foi adotada no *decisum* a doutrina alemã da inconstitucionalidade progressiva, na qual tutela-se uma situação imperfeita, em que as disposições constitucionais – seja por falta de maturação, seja por omissão administrativa ou legiferante –, ainda não receberam sua fiel regulamentação e implementação, o que convalida certos atos praticados sob a égide de permissivo constitucional anterior, tácito ou expresso, porém ao arrepio do atual ordenamento jurídico basilar (*in casu*, a Constituição Federal de 1988).

1. EVOLUÇÃO DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL PARA A TÉCNICA DA INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA

A ideia de controle de constitucionalidade se estrutura logicamente a partir de pressupostos acerca da constituição, parâmetro do exame vertical de compatibilidade. Esses pressupostos são a supremacia formal e material de seus enunciados. A fim da abordagem holística da construção jurídica objeto desse artigo, deve-se reconhecer que a constituição como documento normativo dotado de supremacia dentro dos ordenamentos é fruto da evolução histórica da ciência jurídica, tendo a constituição, em outros tempos, assumido papel diverso na dogmática jurídica; deve-se atenção às formas com que o ordenamento constitucional norte americano têm tratado a condição de inconstitucionalidade de suas normas, afinal, é com base nesse que se estruturou o sistema nacional de nulidade do ato legislativo inconstitucional; e a partir do atual contexto constitucional e suas interfaces jus-filosóficas, avaliar o lastro teórico da declaração de estado de inconstitucionalidade progressiva de uma norma.

10 “Trata-se de opção interpretativa excepcional fundada em razões de segurança jurídica e interesse social cuja finalidade é evitar a ocorrência de maiores danos sociais com a retroatividade da declaração de constitucionalidade”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26ª ed.. São Paulo: Atlas, 2010, p. 766.

11 CRUZ Caio Folly, TOLEDO João Roberto de. A inconstitucionalidade da intitulada assistência jurídica voluntária. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília/DF, n. 2, p. 119, jul/dez 2009.

Tratar do reconhecimento da constituição como norma jurídica suprema e não como mero documento de inauguração de um Estado é tratar da ideia de constitucionalismo em sentido estrito. Nos dizeres do professor Uadi Lammego Bulos, o termo constitucionalismo é de cunhagem nova, não obstante, faz referência a ideias que remontam a antiguidade clássica, em especial o pensamento platônico, no que tange a proposta de primado da lei no Estado como garantia dos governados.¹²

A melhor doutrina aponta seis grandes marcos na evolução das constituições: i) constitucionalismo primitivo; ii) constitucionalismo antigo; iii) constitucionalismo medieval; iv) constitucionalismo moderno; v) constitucionalismo contemporâneo; vi) constitucionalismo do porvir.¹³ A fase primitiva do constitucionalismo e a subsequente, por guardarem disparidade substancial diante do objeto deste artigo, restarão à margem desta abordagem, eis que partiremos do momento medieval do constitucionalismo, no qual toma corpo a proposta de *governo pela lei*, para chegarmos, em fim, ao constitucionalismo contemporâneo. Anota-se, pois, que não se pretende tratar neste trabalho do constitucionalismo do porvir por entendermos que a empreitada é bastante temerária e se afasta da nossa proposta.

O constitucionalismo medieval reveste-se da proposta de limitação da atividade estatal, isso é inegável e constitui a grande vitória dessa fase. Todavia, vale lembrar que o lastro de validade dos documentos garantidores das liberdades públicas nessa época é o *ius naturale*. As tendências jusnaturalistas serviram mais à legitimação dos regimes monárquicos do que à defesa dos direitos dos cidadãos. Pode-se dizer que nessa época surgiu espaço político suficiente apenas para a fixação dos chamados direitos de primeira dimensão, o que pode ser afirmado a partir da dicção dos principais documentos dessa fase: *Magna Charta Libertatum*, *Petition of rights*, *Bill of rights*. Entre outros, esses buscavam a garantia das liberdades públicas, condições indispensáveis à burguesia ascendente. Para o objetivo desse trabalho, a importância desse momento reside, principalmente, pelo início das positivizações e pela inauguração da possibilidade de algo parecido com controle jurisdicional de constitucionalidade. Dizemos parecido por não ser uma constituição em sentido formal o paradigma dessa verificação vertical de validade, mas sim o *ius naturale*.

O passo subsequente é o constitucionalismo moderno. Marcada pela formalização das constituições em documentos escritos de caráter cogente e hábil a figurar no contexto jurisdicional como parâmetro claro para o controle de constitucionalidade. É nessa altura que o controle de constitucionalidade ganha os contornos gerais do que temos hoje. Em 1803, o *Chief Justice* (chefe do sistema judicial federal estadunidense) *John Marshall* proferiu a decisão histórica quanto à constitu-

12 Constitucionalismo em sentido estrito: “É a técnica jurídica de tutela das liberdades, sugerida nos fins do séc. XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes oprimisse pelo uso da força e do arbítrio”. BULOS, Uadi Lamego. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 64.

13 Ibidem.

lidade de normas pela via difusa no caso *Marbury v. Madison* (avaliado mais à frente), e em 1920, Kelsen propõe, no anteprojeto da constituição austríaca, o controle concentrado. Outros elementos aproximam o controle de constitucionalidade como o entendemos hoje, tais como o estabelecimento de processo legislativo mais criterioso para a alteração constitucional o que reafirma a supremacia formal da constituição, o aparecimento do princípio da força normativa da constituição, entre outros.

Chegamos nesse ponto ao constitucionalismo contemporâneo. Para as finalidades deste trabalho, cabe nesse ponto anotar, brevemente, as características de alguns sistemas de controle de constitucionalidade pretéritos e alguns internacionais. Em seguida procederemos com o diálogo entre as tendências constitucionais de nossa época e suas interfaces com a *teoria crítica do direito* no que tange as possibilidades da declaração de normas *ainda constitucionais*.

O controle de constitucionalidade guarda relação histórica com o advento das constituições escritas, todavia, não há uma interdependência absoluta entre o caráter positivado da constituição e a viabilidade de avaliação vertical de compatibilidade, como assevera Schwartz.¹⁴

A constituição norte-americana tem papel pivô na historicidade dos modelos de controle constitucional na medida em que estabelece o princípio de que a norma ordinária que conflite com a constituição padece de *nulidade*. Em 1803, John Marshall, presidente da Suprema Corte estadunidense, em julgamento histórico (*Marbury v. Madison*), no ano de 1803 proferiu:

Se, então, os tribunais devem observar a constituição e a constituição é superior a qualquer lei ordinária emanada do Legislativo, a constituição, e não a lei ordinária, é que deve reger o caso ao qual ambas se aplicam. (...) ¹⁵

Tal julgamento consagra o sistema de nulidade do ato legislativo contrário à norma superior, o mesmo sistema adotado no Brasil. A mesma corte evoluiu a sua jurisprudência no sentido de estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e da mesma forma o fez o legislador nacional na Lei nº 9.868/99.¹⁶ O precedente se observa no caso *Linkletter v. Walker*, no qual a Corte Suprema, evoluindo o entendimento de que "*the unconstitutional statute is not Law at all*", decidiu que há a possibilidade de flexibilização da declaração de inconstitucionalidade na medida do que requer o interesse de se salvaguardar a lisura e incolumidade da política judiciária a partir da avaliação dos efeitos sobre a administração judiciária

14 SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 24

15 Apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 167

16 CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis inconstitucionais ainda constitucionais?. *Revista CEJ*, Brasília, n. 25, p. 85-96, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo13.pdf>> Acesso em: 23/06/2013.

de uma aplicação inflexível da declaração de inconstitucionalidade. Essa situação deve ser reavaliada a cada novo caso concreto segundo as circunstâncias desse.¹⁷

O constitucionalismo contemporâneo é o momento constitucional de consagração das tendências do chamado pós-positivismo jurídico, o qual flerta com o conceito de neoconstitucionalismo. O fenômeno pós-positivista ainda se desenrola na academia e na jurisprudência, sua definição ainda não tem contornos bem claros, todavia, alguns tópicos são mais frequentes nos debates sobre o tema, quais sejam: primeiramente o pluralismo de fontes do direito, o qual se abre para a filosofia em especial e para as demais ciências; o prestígio dos princípios como linha guia da atuação jurisdicional; a ampliação da atuação judicial, fenômeno conhecido como ativismo judicial; a autoridade da razão dialogal em detrimento da razão que decorre meramente da positividade da norma posta; a negação do positivismo normativista e da metafísica¹⁸; enfim, é nesse cenário complexo que se desenvolve o constitucionalismo contemporâneo.

A teoria crítica do direito é a posição jus-filosófica que, a partir do positivismo normativista da era do *racionalismo triunfante* da modernidade – representado pela filosofia de Leibniz, Wolff, Grócio, etc., inicia o movimento de crítica que tem por sujeito e objeto a própria razão jurídica. Nas palavras da professora Simone Goyard-Fabre:

A racionalização do universo do direito empreendida, aparentemente de maneira clara e sólida, pelo pensamento moderno, é, na realidade, complexa e problemática. Longe de dar à esfera jurídica, em todos os campos, uma universidade lógica homogeneizante e niveladora, ela suscita, no tribunal da própria razão, um trabalho crítico que não é nada menos que a busca procedimental de sua própria fundação e de sua legitimação. No momento dos triunfos da racionalidade, é, portanto, no movimento de auto-reflexão, a dupla face de Janos que a crítica da razão jurídica revela.¹⁹

A teoria crítica surge na esfera jurídica para reafirmar a tendência pós-moderna de revisão crítica dos postulados da razão absoluta, erigidos na era positivista. Essa tendência ultrapassada embutiu no universo jurídico um infeliz e exacerbado afã pela universalização, pelo legalismo, pela sistematização racionalista e pelo formalismo. Tudo isso não tardou a colocar o direito em rota de colisão com as antíteses de seus próprios postulados. A inflexibilidade da declaração de inconstitucionalidade é exemplo dessa tendência de universalização e sistematização racionalista a qual, com frequência, se vê surpreendida diante da complexidade adjunta à natureza das relações humanas. Foi, pois, indispensável rever a razão jurídica dessa

17 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 318-319.

18 SCHMIDT, João Pedro Soares. O pós-positivismo: Gênese, evolução, determinação e fenomenologia. *Revista jurídica on-line do curso de direito do centro UNISAL de Lorena/SP*. São Paulo, 16ª ed. Disponível em: http://www.direitounisal.com.br/2012/?page_id=408. Passim.

19 GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e Razão jurídica*. São Paulo: Martis Fontes, 2006, p. 6.

posição absolutista de negação do status de lei do ato legislativo dissonante da Carta Magna, para se preservar interesses maiores e mais nobres ligados à preservação dos direitos fundamentais.

Superadas as questões sobre as bases teóricas e jurisprudenciais mais remotas, é imperioso agora avaliar as construções jurídicas mais próximas do objeto desse trabalho: as três técnicas alemãs pelas quais se aúfere a inconstitucionalidade de uma lei ou ato legislativo sem, contudo, fazer incidir a eficácia fulminante da nulidade absoluta.

Sem apoio expresso na Lei Fundamental, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã incorporou técnicas de decisão por meio das quais, apesar de assentada a inconstitucionalidade de determinada norma, naquele momento não se desconstituem os efeitos gerados por ela, possibilitando mesmo, em algumas situações, a sua eficácia futura, com apelo ao legislador para suprir a situação considerada.²⁰

Trataremos, tão logo, sobre as três técnicas alemãs de se apontar a inconstitucionalidade das normas sem lhes imputar a nulidade de imediato.

A primeira é o *apelo ao legislador* ou *appellentscheidung*. Nessa hipótese, a norma objeto do controle não é declarada inconstitucional, tão pouco incide na situação de norma ainda constitucional, todavia, há a declaração da Corte Suprema no sentido de advertir o legislador que determinada norma deve ser alterada, suprimida ou complementada sob pena de, no futuro, ser flagrantemente inconstitucional.

A segunda é a *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* ou *unvereinbarkeitserklärung*.

O Supremo Tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, em prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional.²¹

Nessa situação, por muitas vezes, o Supremo Tribunal não pode declarar a nulidade do ato legislativo em questão sob pena de infringir o princípio da vedação ao retrocesso, dessa forma a Corte “congela” a situação jurídica esperando que, em prazo razoável, o legislador se pronuncie sobre a situação inconstitucional.²²

A terceira é a declaração de norma ainda constitucional que tende à inconstitucionalidade. Na mesma linha das demais construções jurídicas germânicas pelas

20 CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis inconstitucionais ainda constitucionais?. Op cit, p. 88.

21 MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, nº 13, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22755799/373991049/name/GILMAR+MENDES+interpreta%C3%A7%C3%A3o+constitucional.pdf>> Acesso em 23/06/2013.

22 Ibidem.

quais se auferem a inconstitucionalidade de uma norma, sem, todavia, incidirem os efeitos da nulidade do ato legislativo, a inconstitucionalidade progressiva denuncia a inconstitucionalidade de uma norma a qual resta não anulada, mas se diferencia das outras duas técnicas pela falta de implementação das estruturas normativas previstas na constituição e que não se sana pelas vias de integração normativa do art. 4º da lei de introdução às normas de direito brasileiro.²³

A inconstitucionalidade progressiva flerta com o tema da omissão legislativa inconstitucional, e, como visto, esta não pode ser entendida em sua aplicação se não revisitarmos a temática da integração legislativa como prevista na LINDB.

O Direito não tem lacunas, as leis as têm, e é dever do aplicador do direito saná-las.²⁴ Segundo a professora Maria Helena Diniz, há quatro espécies do gênero lacuna: a lacuna normativa, que seria a ausência total de norma que se subsuma ao caso concreto; a lacuna ontológica, que se constata a partir da constatação da existência de uma norma que se encaixa na situação concreta, todavia tal norma não tem normatividade suficiente para se dirimir um conflito por padecer de ineficácia social; a lacuna axiológica, que decorre da possível incidência de uma norma positiva ao caso, mas tal subsunção culminaria em injustiça; por fim, a lacuna de antinomia, verificada na incidência de mais de uma norma em um mesmo caso concreto.²⁵ Havendo então uma dessas espécies de lacunas, deve o aplicador do direito proceder com os métodos de integração da norma jurídica, usando da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e da equidade para sanar o vácuo normativo.

A analogia é o instituto pelo qual se aplica ao caso concreto uma norma próxima dos contornos do caso concreto, aplicando uma norma além do seu campo inicial de atuação.²⁶ Importante notar que a analogia não se confunde com a interpretação extensiva, na medida que a analogia finda na *integração normativa*, aplicando-se uma norma para além das situações jurídicas que se pretendia tutelar inicialmente, e a interpretação extensiva na simples *subsunção*, pois não houve nada mais que a ampliação do sentido de uma norma.²⁷

Os costumes, segundo a melhor doutrina, “podem ser conceituados como sendo as práticas e usos reiterados com conteúdo lícito e relevância jurídica”²⁸ que vem a gerar, no espírito da comunidade, a persuasão de sua necessidade e de sua obrigatoriedade.²⁹ O costume jurídico é classificado pela doutrina em três espécies: *secundum legem*; *praeter legem*; e *contra legem*.³⁰ As duas primeiras espécies de

23 Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º – Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

24 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013, pg. 11.

25 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 95.

26 TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.*, pg. 14.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V.1, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 22.

30 NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 150.

costumes apresentam suporte fático muito diverso do caso objeto dessa investigação. Cabe, pois, uma breve observação sobre o costume *contra legem*. Identifica-se, pelo menos, duas subespécies de costumes contra a lei: o chamado *desuetudo*, ou desuso, e o ab-rogatório, ambas as hipóteses são de validade bastante questionável, haja vista o art. 2º da LINDB³¹ que dispõe: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”, todavia “a verdade é que o costume jurídico *contra legem* existe e, especialmente em sua forma de desuso é aceito e utilizado como norma jurídica a ser seguida”.³²

Os princípios gerais do direito nas palavras de Rosa Nery:

São regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concretização. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas.³³

Por fim, a última técnica de integração normativa é a equidade. Esse meio de integração parece, *prima facie*, aplicável ao caso em tela. Mas não nos olvidemos dos ensinamentos de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: “O julgamento **por** equidade (e não **com** equidade) é tido, em casos excepcionais, como fonte do direito, quando a própria lei atribuir ao juiz a possibilidade de julgar conforme os seus ditames”.³⁴

Superados os apontamentos sobre as formas de integração legislativa – que como visto têm o condão de afastar a tese da inconstitucionalidade progressiva – entraremos agora em outro tema que guarda íntima relação com a técnica jurisprudencial germânica, a omissão inconstitucional.

Aponta precedente da Egrégia Corte nacional: “o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental”.³⁵ Como vimos em breve comentário anteriormente, a inconstitucionalidade progressiva se caracteriza na medida em que há uma lei dissonante da Carta Magna, mas que não sofre os efeitos da nulidade por haver circunstâncias de fato que fazem a norma se locar no interregno da constitucionalidade plena e da inconstitucionalidade. Essa situação de prejudicialidade ganha potencial por falta de substrato normativo para a incidência da norma prejudicada de forma socialmente eficaz. Essa falta de bases normativas é omissão legislativa inconstitucional. Cabe então avaliar o que é omissão legislativa e o que faz com que esse seja inconstitucional.

A omissão inconstitucional se perfaz pela inércia de qualquer dos poderes públicos de forma a atingir o Espírito Constitucional.³⁶ Configura-se tal instituto, no nicho

31 Ibidem.

32 Ibidem.

33 NERY JR., Nelson; NERY. Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. Pg. 141.

34 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pg. 25.

35 STF, ADIn 1.458/DF, Rel. Min. Celso de Melo, RDA, 206:248.

36 BULOS, Uadi Lammego. Op. Cit. pg. 151.

legislativo, pela verificação de, pelo menos, quatro requisitos. Vejamos: I) a omissão legislativa inconstitucional resulta do desrespeito à norma constitucionais que consagram exigências de ação; II) não é constatada perante imposições constitucionais abstratas ou implícitas; III) Exterioriza-se na seara das normas constitucionais de eficácia limitada; e IV) não se configura de for sanável pela integração normativa.³⁷

Vencidas as questões dogmáticas constitucionais nas quais se assenta a validade da inconstitucionalidade progressiva, adentremos ao núcleo dessa investigação.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA DA ATUAÇÃO MINISTERIAL NA DEFESA DE INTERESSES PARTICULARES

De maneira a quebrar com anteriores moldes históricos, a Constituição Federal de 1988 alçou ao Ministério Público uma série de nobres prerrogativas e responsabilidades institucionais expressamente delimitadas. Com fulcro no artigo 127 da CF/88, cabe aos membros do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo que tal entidade constitui instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. Além disso, o artigo 129 outorga uma série de funções institucionais ao *Parquet*, algumas tradicionais – como a titularidade da ação penal pública – e outras novéis – promoção do inquérito civil e da ação civil pública. Ressalte-se que tal rol não é taxativo, podendo ser expandido por meio de atividade legislativa, desde que esta não vá de encontro às funções constitucionais originárias.³⁸

Ao revés, anteriormente, a Constituição de 1824 nada dispôs acerca do Ministério Público³⁹, sendo que este logrou maiores ares constitucionais expressivos com a Carta de 1934, conquistando, porém, independência como Instituição apenas no império da Constituição de 1946.⁴⁰ Logo, nos dizeres de José Afonso da Silva, *in verbis*:

O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de

37 Ibidem. pg. 151-152. Anotamos que, ao contrário do autor que elencou cinco características necessárias à configuração da omissão legislativa, erigimos quatro por entendermos que o quinto elemento aproxima-se, metodologicamente falando, de um sistema taxon.

38 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Op cit, p. 616. Cite-se, v.g, a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) que estabelece diversas funções em seu artigo 25; o artigo 24 do Código Eleitoral, em que se atribuem competências ministeriais em âmbito eleitoral; o Código de Processo Civil em que, por meio do disposto no artigo 82 e seguintes, delimita-se a competência do *Parquet* na esfera cível. Para maiores informações acerca da atuação do Ministério Público no processo civil vide: THEODORO JÚNIOR Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento vol. 1*. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 173.

39 Em sentido contrário, entendendo ser o “Procurador da Coroa” o representante do então Ministério Público vide: MEYER-PFLUG Samantha Ribeiro. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, n. 03, 2012, p. 181.

40 MENDES Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires, BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op cit, p. 993-994.

direitos indisponíveis e de interesses coletivos. A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas uma lei de 1890 (de nº 1.030) já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.⁴¹

Diz-se que a atual conceituação do MP – constante na Seção I (Ministério Público), Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça), Título III (Da Organização do Estado) da Carta Magna – é paradigmática, uma vez que nunca antes o poder constituinte havia conferido a esta Instituição tamanhas responsabilidades e prerrogativas, ao mesmo tempo em que transferia certas competências, que não mais diziam respeito à função institucional do *Parquet*, para outras entidades.

Deste modo, as atividades de representação judicial e extrajudicial da União, bem como de assessoria e consultoria do Poder Executivo passaram à Advocacia-Geral da União⁴², enquanto a assistência jurídica dos necessitados – direito fundamental individual constante no artigo 5º, LXXIV – tornou-se missão da Defensoria Pública.

Nesse mister, é certo que a assistência jurídica gratuita constitui verdadeiro dogma brasileiro desde 1823, ainda que positivada constitucionalmente, contudo, apenas pela Carta de 1934.⁴³ A grande novidade trazida pela Constituição Federal de 1988 foi a instituição de um órgão especializado na tutela dos economicamente hipossuficientes.⁴⁴

41 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. Op cit, p. 510.

42 Para um estudo aprofundado acerca da criação da Advocacia-Geral da União e da transferência de competências do Ministério Público Federal para esta entidade vide: KÜSTER Mariana. Atividade de Consultoria e Assessoramento Jurídico do Poder Executivo antes e depois da Constituição Federal de 1988. Revista da AGU, Brasília/DF, n. 111, abr. 2011.

43 “No Brasil, a assistência judiciária tem seu embrião nas Ordenações Filipinas, que vigoraram de 1823 até 1916 e que substituíram as Ordenações Manóelinas. [...] Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito à assistência ganhou reconhecida ampliação, seja no que pertine ao fato de positivar a assistência extrajudicial, uma das facetas da assistência jurídica, prevista no rol do art. 5º (inciso LXXIV), seja no sentido de eleger e denominar o órgão estatal incumbido de sua prestação, qual seja, a Defensoria Pública (art. 134)”. MENEZES Felipe Caldas. Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição. Disponível em: < http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf >. Acesso em 24/06/2013. Vide também o artigo 113, 32 da Constituição da República de 1934: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

44 “[...] é inovação substancial do texto de 1988 a imposição à União e aos Estados da instituição da Defensoria Pública, organizada em carreira própria, com membros dotados da garantia constitucional da inamovibilidade e impedidos do exercício privado da advocacia». Voto vista do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.328-7/SP.

Sendo assim, anteriormente à Carta Magna de 1988, dependendo do período histórico e do ente federado em questão, a defesa dos beneficiários da Justiça Gratuita cabia a diversas entidades, como a Ordem dos Advogados do Brasil⁴⁵, às Procuradorias-Gerais dos Estados membros⁴⁶ e do próprio Ministério Público. Senão vejamos:

No antigo Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 2.188, de 21 de julho de 1954, criou, no âmbito da Procuradoria Geral da Justiça, os 06 primeiros cargos de Defensor Público, que constituíram a semente da Defensoria Pública naquele Estado, cujo modelo organizacional foi adotado, em 1974, pelo novo Estado do Rio de Janeiro, resultante da fusão do antigo com o da Guanabara.⁴⁷ (grifos nossos)

A título de curiosidade, sublinhe-se ainda a definição para o termo “*defensor público*” trazida pela 5ª edição, de 1987, do dicionário jurídico de Christovão Piragibe Tostes Malta e Julia Brotero Lefèvre:

DEFENSOR PÚBLICO. Servidor público a que incumbe a defesa dos beneficiários da Justiça Gratuita além de outras atribuições especificadas nas leis estaduais, inclusive, no crime, a defesa dos réus que não tenham advogado. No antigo Estado da Guanabara, o cargo de defensor público era cargo inicial da carreira do Ministério Público, ao contrário do que ocorre no atual Estado do Rio de Janeiro. Os defensores públicos agem como advogados de ofício. Funcionam junto aos juízes criminais e juízes cíveis (Varas da Família, Cíveis, etc.).⁴⁸ (grifos nossos)

Consoante todo o exposto, a nova ordem constitucional de 88 veio por criar todo um novel arcabouço jurídico acerca das competências ministeriais, da advocacia pública e da defensoria pública. Tais alterações, ainda que possuíssem total viabilidade para operarem de pleno direito em âmbito meramente normativo, se observadas sob o prisma fático levaram certo tempo para serem efetivamente concretizadas. Tendo como parâmetro o exemplo paulista, a Defensoria Pública apenas foi cabalmente criada por meio da Lei Complementar Estadual nº 988/06, ou seja, passados aproximadamente 18 anos do imperativo constitucional.⁴⁹

45 BORGE, Felipe Dezorzi. Defensoria Pública: uma breve história. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2480, 16/04/2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14699>>. Acesso em: 25/06/2013.

46 “Até então, o serviço de assistência jurídica gratuita à população carente era feito pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), criada por lei estadual em 1947. A PAJ era um sub-órgão da Procuradoria Geral do Estado, instituição prevista para prestar serviços jurídicos ao Governo do Estado”. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Saiba mais sobre a defensoria*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2869>>. Acesso em 24/06/2013.

47 SILVA José Fontenelle Teixeira da. *Defensoria Pública no Brasil – Minuta Histórica*. Disponível em: <<http://www.jfontenelle.net/publicados4.htm>>. Acesso em 26/06/2013.

48 MALTA Christovão Piragibe Tostes, LEFÈVRE Julia Brotero. *Dicionário jurídico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987, p. 272.

49 No julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.328-7/SP, objeto de estudo do presente artigo, o ministro Néri da Silveira sintetizou uma percutiente análise das condições da Defensoria Pública em meados

Logo, imperioso reconhecer que ainda que a nova ordem constitucional imponha tratamento diferenciado a situações jurídicas anteriormente definidas, por motivos alheios à vontade do constituinte – como a lentidão e ineficiência da implementação de medidas pelo Poder Público –, muitas vezes tais mandamentos não possuem lastro fático suficientemente constituído para sua implementação.

Essa foi a situação trazida à voga no Recurso Extraordinário nº 135.328-7 originário do Estado de São Paulo, em que, predominantemente em virtude da não implantação da Defensoria Pública estadual naquele ente federado, discutiu-se a recepção do artigo 68 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941)⁵⁰ ante a Constituição Federal de 1988.

No referido acórdão (relator Ministro Marco Aurélio) discutiu-se a legitimidade do Ministério Público para propor ação indenizatória em favor de particulares; na espécie, genitores de presidiário e dependentes deste, o qual morreu durante tentativa de fuga, evento danoso que originou a responsabilidade civil do Estado de São Paulo. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento a agravo de instrumento promovido pela Fazenda paulista, que suscitava a incompetência do *parquet* para a tutela do interesse de necessitados, de modo que foi interposto o referido Recurso Extraordinário.

Inicialmente, votou o ministro Marco Aurélio de Mello pela procedência do recurso. Em síntese, foi suscitada a referida transferência de competência ministerial para a Defensoria Pública, de modo que, *in casu*, a postulação do Ministério Público na defesa de interesse individual disponível (ressarcimento em face de ação civil *ex delicto*), se daria ao arripio do disposto no artigo 129, IX, da CF/88⁵¹ (tal hipótese de legitimidade extraordinária não encontraria guarida no dispositivo constitucional, vez que incompatível com a finalidade ministerial).⁵²

de 1994: “Embora, há quase seis anos da vigência da Constituição, poucos Estados da Federação hão tomado providências concretas, no sentido de cumprir esse dispositivo. Apenas alguns Estados já possuem as Defensorias Públicas constituídas em carreiras, como o Estado do Rio de Janeiro, cuja organização da Defensoria Pública data de 1970, bem assim o Estado de Mato Grosso do Sul, onde a Defensoria Pública, organizada em carreira, existe desde a criação do Estado”.

50 Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

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

52 “A esta altura, indaga-se se a ação civil que tenha como objeto direitos patrimoniais disponíveis, como são aqueles voltados ao ressarcimento *ex delicto* de dependente de presidiário morto, enquadra-se no inciso IX do artigo 129 da Carta, no que revela que compete ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis com sua finalidade. A resposta é, desengadamente, negativa. É que, na espécie, não se faz presente interesse social nem interesse individual indisponível. [...] Em síntese, a propositura de ação em nome próprio visando defender direito alheio, patrimonial e disponível já não se mostra compatível com a cláusula constitucional que cogita do exercício de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade da instituição”. Parte do voto do ministro Marco Aurélio.

Em um primeiro momento, acompanharam os votos do relator os ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Carlos Velloso.

Os rumos do julgamento mudaram em decorrência do pedido de vista do ministro Sepúlveda Pertence, em 01/06/94 (sendo que, anteriormente, apenas o ministro Celso de Mello havia sustentado a competência concorrente entre ambas às entidades para a defesa dos hipossuficientes, negando provimento ao recurso, portanto). Acontece que, durante os debates em plenário, o ministro Moreira Alves suscitou a teoria alemã da inconstitucionalidade progressiva, o que não fugiu à observação de Pertence. Dizemos que o voto vista deste mudou os rumos do julgamento – tornando-o, com absoluta certeza, uma decisão memorável do Supremo Tribunal Federal –, pois teve o condão de mudar o posicionamento de todos os demais ministros, incluindo o relator. Em suma, assentou Sepúlveda Pertence:

Impressionaram-me, contudo, na discussão que antecedeu o pedido de vista, as ponderações acerca da precariedade de fato, na maioria dos Estados, do funcionamento da assistência judiciária.

Por isso, chegou-se a aventar – salve engano na intervenção do em. Ministro Moreira Alves –, a possibilidade de condicionar-se o termo da vigência do art. 68 C. Pr. Penal a que já exista órgão de assistência judiciária, no fórum competente para a causa.

A sugestão se inspira na construção germânica do processo de inconstitucionalização da lei.

[...]

Tenho o alvitre como fértil e oportuno. O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.

Ora, tal voto, quando observado em sua íntegra, juntamente com os de demais ministros dissidentes, como Moreira Alves e Néri da Silveira, foi capaz de demonstrar a manifesta incongruência a que se incorreria caso fosse adotado, sem res-

salvas, o voto do relator. Primeiramente, no caso concreto, o necessitado ficaria sem qualquer tutela, o que iria de encontro ao próprio espírito da Constituição⁵³; além disso, se negligenciaria fator de suma importância, ressaltado em linhas anteriores neste próprio artigo: até o ano de 2006 a assistência judiciária gratuita paulista era prestada pela Procuradoria do Estado, o que acarretava em um dualismo excludente. O Estado paulista, neste caso, postulava a favor e contra si próprio.

O caso é exemplar: ao invés do Defensor Público Geral do Estado de São Paulo, quem chefia os Procuradores que prestam assistência judiciária é o Procurador Geral do Estado: mas a ação, objeto da RE, visa à reparação de um dano *ex delicto* imputado ao Estado.⁵⁴

Sendo assim, adequaram-se ao voto de Sepúlveda Pertence todos os demais ministros, sem antes, contudo, explicitar que a norma constante no art. 68 do *codex* processual criminal, de fato, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. O critério para se auferir com exatidão quando, afinal, tal dispositivo será maculado pela inconstitucionalidade, dependerá da instalação da Defensoria Pública na circunscrição do ente federado em questão⁵⁵, consoante o voto do ministro Néri da Silveira, *in verbis*:

Mas percebo que o critério objetivo seria este: no momento em que se instalar oficialmente a Defensoria Pública no Estado, a partir daquela data, cessa a legitimidade do Ministério Público para requerer, nos termos do art. 68, do CPP, a ação civil, isto é, cessa a legitimidade do Ministério Público para a ação civil, em patrocínio do pobre, que peça a reparação decorrente do delito, pois aí, legitimidade está a Defensoria Pública, então já organizada.

Sem perder de vista a complexidade casuística do recurso extraordinário em tela, avaliaremos com mais pormenores as nuances do caso concreto que legitimam as razões pelas quais o douto colegiado do Pretório Excelso alcançou o entendimento de que a legitimidade do Ministério Público na ação de reparação civil *ex delicto* é situação jurídica de constitucionalidade precária e tendente à inconstitucionalidade. Para isso, verificaremos as circunstâncias fáticas e jurídicas que afastaram as possibilidades de incidência das demais formas de afirmação da inconstitucionalidade sem declaração de nulidade; e a omissão inconstitucional do Estado.

Cabe então avaliar a escolha pela inconstitucionalidade progressiva em de-

53 “Se o art. 68 do Código de Processo Penal, que é norma anterior ao sistema da Constituição de 1988, prevê que, ‘quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória’ será requerida ‘pelo Ministério Público’, não me parece que, a esta altura, em face do art. 134, parágrafo único da Constituição, ao afirmar que o Ministério Público não deve mais dar assistência judiciária aos pobres, poderá a Corte assentar decisão de consequência contrária ao espírito da própria Constituição, pois ela quer que os necessitados tenham assistência jurídica e judiciária dada pelo Estado”. Trecho do voto do ministro Néri da Silveira.

54 Outro excerto do voto vista do ministro Sepúlveda Pertence.

55 Sobre a vedação à contratação temporária de defensores públicos vide: STF – Pleno – ADI nº 2.229/ES – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 09-06-2004, *informativo STF* nº 351, p.1.

trimento da técnica do apelo ao legislador e da declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade.

O apelo ao legislador depende da verificação de constitucionalidade de uma norma paralelamente a uma tendência de inconstitucionalização em virtude de mudanças de fato que interferem em eficácia social. Nesse sentido, a Corte Constitucional avisa ao legislador que determinada norma deve ser alterada ou suprimida sob pena de se tornar flagrantemente inconstitucional. Nenhum voto, nem entre os proferidos anteriormente às retificações, se aproximaram de forma séria do entendimento de que, mesmo sendo constitucional o art. 68 do CPP, tal caminha para a inconstitucionalidade. Nessa esteira, o voto anterior à retificação, do ministro Celso de Melo admitiu a constitucionalidade do art. 68 do CPP e naturalmente conheceu o recurso especial do Estado de São Paulo, todavia, nada mencionou sobre a tendência de inconstitucionalidade superveniente.

Sobre a não incidência da pronúncia de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade, é indispensável o entendimento de que tal somente se perfaz na medida em que a declaração de nulidade implique retrocesso social ou grave prejuízo social. Essa técnica tem o condão de “congelar” situações jurídicas até que o legislador se pronuncie sobre a situação inconstitucional. No caso em discussão não nos parece razoável a suspensão da aplicação da lei e dos processos em curso, além de não depender de resposta legislativa quanto a constitucionalidade do art. 68 do CPP. A resposta estatal que se espera é a de que seja viabilizada a atuação da Defensoria Pública, de forma constituir definitivamente a inconstitucionalidade do dispositivo que atribui ao MP a competência pela tutela dos direitos individuais disponíveis ligados a ações de reparação de danos civis *ex delicto*.

Por fim, deve-se agora a avaliação da inconstitucionalidade da omissão legislativa do Estado de São Paulo no que se refere à instauração da Defensoria Pública. É imperioso anotar que só a partir de 2006 São Paulo consta com tal órgão essencial à justiça.⁵⁶

Como já exposto anteriormente: I) a omissão legislativa inconstitucional resulta do desrespeito à norma constitucionais que consagram exigências de ação; II) não é constatada perante imposições constitucionais abstratas ou implícitas; III) Exterioriza-se na seara das normas constitucionais de eficácia limitada; e IV) não se configura de for sanável pela integração normativa.

56 Informação do sítio institucional da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2868>> Acesso em 26/06/2013.

A omissão estadual fere uma exigência de ação constitucional, o que se infere pela inteligência do art. 134, § 2º e art. 5º, LXXIV, que não são exigências abstratas ou implícitas em normas constitucionais de eficácia limitada as quais, claramente, não possuem normatividade suficiente para sua imediata produção de efeitos jurídicos; e não se sana tal lacuna com a mera aplicação das formas de integração legislativa. Vejamos. A analogia se mostra absolutamente inviável, pois não se pode instituir um órgão organizado em carreira, essencial à justiça a partir de normas que não se destinam especificamente a isso. Tão pouco os princípios gerais do direito e a equidade podem fazê-lo. Quanto aos costumes, anota-se que sua aplicação é inviável, em respeito ao princípio da legalidade positiva a que se submete a administração pública, vedando-se, assim, a possibilidade de saneamento de um vácuo normativo dessa ordem por meio do costume.

CONCLUSÃO

Por meio do presente artigo pretendeu-se elucidar tema ainda latente em meio à comunidade jurídica, ainda que a principal jurisprudência referente à temática proposta date do ano de 1994. Provavelmente, deve-se isto à crescente, ainda que lenta, instalação das Defensorias Públicas da União e dos estados em boa parte dos Estados brasileiros⁵⁷, o que torna cada vez mais próxima a completa inconstitucionalização do artigo 68 do Código de Processo Penal.

Ainda que assim o seja, a incumbência ministerial de defender interesses particulares dos necessitados não foi de todo transferida, de modo que cumpre aos mais diversos operadores do direito inteirar-se a respeito do tema.

Anote-se ainda que as três técnicas alemãs de inconstitucionalidade mitigada constituem ferramentas úteis, que podem ser empregadas nos mais diversos casos concretos, de modo a flexibilizar a “estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa”, conforme os termos utilizados pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Sendo assim, percebe-se que tal construção dogmático-jurisprudencial não constitui um mero saber acadêmico, irrelevante no plano prático. Muito pelo contrário, foi exatamente a teoria alemã da norma ainda constitucional, bem como sua mestra aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, que garantiram o direito dos hipossuficientes no acórdão estudado.

57 No ano de 2010, cerca de 27 Estados já haviam instalado a Defensoria Pública. Dados disponíveis em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica>>. Acesso em:27/06/2013.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BULOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BORGE, F. D. Defensoria Pública: uma breve história. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2480, 16/04/2010.
- CANOTILHO J.J.G. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAMPOS, R. R. Leis inconstitucionais ainda constitucionais?. *Revista CEJ*, Brasília, n. 25, p. 85-96, abr./jun. 2004.
- CRUZ, C. F; TOLEDO, J. R. A inconstitucionalidade da intitulada assistência jurídica voluntária. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília/DF, n. 2, p. 119, jul./dez. 2009.
- DINIZ, M. H. *As lacunas no direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, M. A. Os direitos adquiridos em face da Nova Constituição. *Justitia*, São Paulo, n. 51 (148), out./dez. 1989.
- GOYARD-FABRE, S. *Filosofia crítica e Razão jurídica*. São Paulo: Martis Fontes, 2006.
- NERY, N. JR.; ANDRADE, R. M. *Código Civil Anotado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- KÜSTER, M. Atividade de Consultoria e Assessoramento Jurídico do Poder Executivo antes e depois da Constituição Federal de 1988. *Revista da AGU*, Brasília/DF, n. 111, abr. 2011.
- MALTA, C. P. T.; LEFÈVRE J. B. *Dicionário jurídico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.
- MARTINS, I. G. S.; MENDES, G. F. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, G. F. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro. *Revista eletrônica de Direito do Estado*. Nº 13 – jan./mar. de 2008, Salvador.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, F. C. *Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição*. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf>. Acesso em 24/06/2013.

MEYER-PFLUG, S. R. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, n. 03, 2012;

MORAES, A. *Direito Constitucional*. 26ª ed.. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, R. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, S. *Direito Civil*. V.1, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHMIDT, J. P. S. O pós-positivismo: Gênese, evolução, determinação e fenomenologia. *Revista jurídica on-line do curso de direito do centro UNISAL de Lorena/SP*. São Paulo, 16ª ed.

SCHWARTZ, B. *Direito constitucional americano*. 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, J. F. T. *Defensoria Pública no Brasil – Minuta Histórica*. Disponível em: <<http://www.jfontenelle.net/publicados4.htm>>. Acesso em 26/06/2013.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TARTUCE, F. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento vol. 1*. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Submissão: 29/06/2014

Aprovação: 09/10/2014

**O STF E O ARTIGO 44, I, DO CÓDIGO
PENAL: REFLEXÕES EM TORNO DE SUA
CONSTITUCIONALIDADE E DE SUA
DERROTABILIDADE**

THE SUPREME COURT AND ARTICLE 44, I, OF
THE PENAL CODE: REFLECTIONS AROUND ITS
CONSTITUTIONALITY AND ITS DEFEASIBILITY

Eliseu Antônio da Silva Belo

eliseu.belo@mpgo.mp.br

Promotor de Justiça no Ministério Público de Goiás.
Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela
Universidade Cândido Mendes-RJ.

RESUMO

O julgamento em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade incidental da norma penal ordinária que vedava a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, nos casos de tráfico de drogas (HC n. 97.256-RS, rel. Min. Ayres Britto), conduz à reflexão em torno da constitucionalidade ou não do art. 44, I, do Código Penal, quando este dispositivo veda a aludida substituição nas hipóteses em que o crime é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, independente do *quantum* da pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória. Nesse contexto, evidenciada a natureza jurídica de regra legal do art. 44, I, do Código Penal, conclui-se que a sua edição, pelo legislador ordinário, no plano abstrato, é compatível com a Constituição Federal. Isso, porém, não afasta a possibilidade, sempre excepcional, de essa regra penal ser superada ou derrotada em certos casos concretos, cujas peculiaridades demandam a sua não aplicação, o que se faz com apoio na teoria da derrotabilidade de regras jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE

Crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, regra proibitiva, constitucionalidade, derrotabilidade.

ABSTRACT

The trial in which the Supreme Court declared the incidental unconstitutionality of ordinary criminal provision, which prohibited the substitution of sentence of imprisonment for restriction of rights in cases of drug trafficking (HC n. 97.256-RS, rel. Min Ayres Britto), leads to reflection on the constitutionality of Art. 44, I, of the Penal Code, when this device prohibits alluded replacement in cases where the crime is committed with violence or serious threat to the person, regardless of the *quantum* of sentence of imprisonment imposed on conviction. In this context, highlighted the legal nature of the legal rule of art. 44, I, of the Penal Code, it is concluded that its editing by the ordinary legislature, in the abstract, is compatible with the Constitution. This, however, does not exclude the possibility, always exceptional, that this criminal rule be overcome or defeated in individual cases, whose peculiarities not demand your application, which is supported in theory of defeasibility of legal rules.

KEYWORDS

Crime committed with violence or serious threat to the person. Replacing the deprivation of liberty for restriction of rights, prohibition rule, constitutionality, defeasibility.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A natureza jurídica da norma contida no art. 44 do Código Penal: regra ou princípio? 2. A derrotabilidade da regra penal em foco. 2.1. Da derrotabilidade legal sistemática. 2.2. Da derrotabilidade doutrinária e jurisprudencial: a construção de uma possibilidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em setembro de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 97.256-RS, rel. Min. Ayres Britto, considerou inconstitucional, em sede de controle difuso, a vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, contida nos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, relativamente ao tráfico de drogas e condutas delituosas similares. A ementa desse precedente tem o seguinte teor:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individualizados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. **Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo.** Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermedi-

ária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333). (negrito nosso).

Uma primeira leitura do trecho acima destacado levaria o intérprete a concluir que não mais estariam valendo os requisitos impostos pelo art. 44 do Código Penal, que cuida das hipóteses em que o juiz poderá substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que, de acordo com a própria ementa, o magistrado teria ampla “discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”.

Contudo, uma leitura de todo o acórdão e dos votos dos demais Ministros que seguiram o relator demonstra que esse entendimento é equivocado, pois expressamente foi consignado que o patamar objetivo de uma pena de quatro anos é razoável para que se impeça essa substituição, conforme se extrai do seguinte trecho do voto do Min. Cezar Peluso:

Ora, a lei não pode, sem alterar todo o sistema, impedir a escolha judicial pela só referência à natureza jurídica do crime. Por quê? Porque a natureza do crime não compõe o âmbito dos critérios de individualização da pena. Não se pode confundir a gravidade do crime com a natureza do crime. A gravidade do crime é apurada em concreto pelo Juiz. **Daí porque a própria lei prevê que as penas acima de 4 anos – e que, portanto, pressupõem a gravidade do crime – não suportam a conversão. Nesse caso está correto, porque aí está sendo levada em conta a gravidade concreta do crime.** (negrito nosso).

O art. 44 do Código Penal tem o seguinte teor:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Ocorre, porém, que no inciso I do transcrito artigo há a referência, como óbice legal à substituição em comento, a alguns tipos de crimes cuja natureza (ou estrutura legal) seja caracterizada pela violência ou grave ameaça à pessoa. Assim, como foi afirmado que a mera natureza do crime não seria apropriada a impedir a aludida substituição, como se deu em relação ao tráfico de drogas cuja natureza é de crime hediondo, impõe-se investigar se a previsão legal destinada a impedir a substituição em foco, nos casos de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, seria ou não inconstitucional, sendo esse o objetivo maior do presente trabalho.

Veja-se que o tema ainda não foi apreciado pela Suprema Corte, mas seguramente, mais cedo ou mais tarde, o será, tendo em conta que em sede de reclamação perante o STF, o assunto em questão já foi aventado, a propósito da aplicação de sua Súmula Vinculante n. 10, em passagem assim registrada, no bojo de uma decisão monocrática do Min. Dias Toffoli:

Decisão: Vistos. Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de medida liminar, ajuizado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face do Tribunal de Justiça estadual, cuja decisão teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e negado aplicação à Súmula Vinculante nº 10. O reclamante sustenta, em síntese, que a Terceira Câmara Criminal daquele Tribunal de Justiça, ao invocar o princípio constitucional da proporcionalidade para deixar de aplicar o disposto no art. 44, inciso I, do Código Penal sem a observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal), violou o entendimento desta Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 10. Aduz, para tanto, que: "(...) O acórdão embargado deixou de aplicar ao caso concreto o artigo 44, inciso I, do Código Penal, em nome do princípio da proporcionalidade. Conforme o acórdão, 'Nessa senda, apesar

de o artigo 44, I, do Código Penal estabelecer, além do quantum de pena, outro requisito objetivo, isto é, de que o delito não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a doutrina vem amenizando o aludido critério em nome do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, ALBERTO SILVA FRANCO e JULIANA BELLOQUE: Trata-se de uma presunção legal absoluta de que para todos aqueles que cometem crime com violência ou grave a (sic) ameaça não se mostra suficiente para o cumprimento das finalidades da pena a aplicação de sanções restritivas de direitos. Tal previsão deve ser, contudo, abrandada em nome do princípio da proporcionalidade, para não atingir as condutas que se encaixam na definição legal de infrações de menor potencial ofensivo. Desta forma, para os crimes de lesão corporal leve, ameaça, constrangimento ilegal e esbulho possessório, por exemplo, como sempre serão aplicáveis os substitutos penais, de maneira alternativa, através de transação penal, não há razão para impedir a sua aplicação através da substituição operada em sentença penal condenatória, quando frustradas as soluções alternativas do conflito penal previstas na Lei 9.099/95. (Código Penal e sua Interpretação, p. 290, 2007)¹. Ocorre que, como é sabido, é vedado aos órgãos fracionários dos Tribunais Estaduais, por força da cláusula de reserva de plenário (*full bench*) do artigo 97 da Constituição Federal de 1988, proceder ao controle de constitucionalidade de dispositivos legais editados sob a sua égide – como é o caso do aludido artigo 44, I do CP – sem a instauração do incidente disciplinado pelos artigos 480, 481 e 482 do Código de Processo Civil. No caso presente, reitera-se, o acórdão afastou a incidência de dispositivo (CP, art. 44, I) absolutamente constitucional, com base em argumento extraído da Constituição Federal (princípio da proporcionalidade). Acerca da constitucionalidade do art. 44, I, do CP, pertinentes os seguintes precedentes: [...]. Portanto, configurada a hipótese de descumprimento da Súmula Vinculante nº 10, impositiva a procedência da presente reclamação” (fls. 3/4 da inicial). [...]. A situação trazida à presente reclamação vai de encontro com o teor da Súmula Vinculante nº 10 desta Corte, pois, como visto, o acórdão reclamado, proveniente de órgão fracionário daquele Tribunal de Justiça estadual, ao deixar de aplicar o disposto no art. 44, inciso I, do Código Penal à espécie, violou expressamente o disposto no art. 97 da Constituição Federal. Ante o exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno desta Suprema Corte, desde logo, julgo procedente a presente reclamação para cassar o acórdão proferido Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos autos da Apelação Criminal nº 70043965359, determinando que outro seja proferido em consonância com o art. 97 da Carta da República. Publique-se. Brasília, 8 de agosto de 2013. Ministro Dias Toffoli Relator¹.

Como se vê, a decisão proferida apenas apreciou a alegada violação à Súmula Vinculante n. 10 do STF, sem adentrar, portanto, no exame de constitucionalidade ou não do art. 44, I, do Código Penal, o que será feito pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para que depois, por meio de recurso extraordinário, chegue ao STF, se for o caso.

1 Rcl 13038, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 08/08/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 16/08/2013 PUBLIC 19/08/2013.

1. A NATUREZA JURÍDICA DA NORMA CONTIDA NO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL: REGRA OU PRINCÍPIO?

A definição da natureza jurídica dessa norma é de fundamental importância para o desate da questão principal deste trabalho, tendo em conta que cada espécie normativa mencionada tem uma repercussão diversa no que se refere à relevância e abrangência dos princípios democrático e da separação de poderes em um Estado como o brasileiro, conforme será mais bem explicitado adiante.

Uma das conceituações mais difundidas dessas espécies normativas – considerada do tipo forte – é a fornecida pelo jusfilósofo alemão Robert ALEXY (2012, p. 90-91), ao aprofundar a posição sustentada por Ronald Dworkin, nos seguintes termos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

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

Humberto ÁVILA (2014, p. 102), por sua vez, a par de tecer inúmeras críticas à definição acima transcrita, diferencia uma norma da outra da seguinte maneira:

As regras são normas imediatamente *descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência*, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (itálico no original).

Em seguida (p. 108), de forma mais simples e clara, o mesmo autor salienta que as regras possuem, de modo destacado, “[...] um componente descritivo dos comportamentos permitidos, proibidos ou obrigatórios, isto é, dos comportamentos prescritos”. Para ele, “[...] enquanto as regras descrevem comportamentos permiti-

dos, obrigatórios ou proibidos, os princípios descrevem estados ideais que devem ser promovidos ou conservados”.

Nesse sentido, fica claro que o art. 44, I, do Código Penal constitui, sem dúvida, uma regra proibitiva, dirigida ao Poder Judiciário, que pode ser estruturada, em outras palavras, da seguinte forma: se a condenação imposta for por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, então está vedado ao magistrado substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, é fácil perceber a correspondência certa entre a “construção conceitual do fato” ou a hipótese de incidência (a condenação judicial por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa) e a “construção conceitual da descrição normativa” ou a consequência jurídica, que proíbe a cogitada substituição.

Note-se que não há, na norma ora em exame, o estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser promovido ou conservado, caracterizador dos princípios, como se dá, por exemplo, com a previsão constitucional do direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal), e com vários outros direitos fundamentais, dentre os quais citam-se o direito à livre manifestação do pensamento e os direitos à honra, privacidade, imagem e intimidade das pessoas².

Mesmo com base na distinção formulada por ALEXY, acima citada, pode-se concluir que se cuida de uma regra, já que a norma sob análise não contém um mandamento de otimização, no sentido de que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Ao contrário, dela se extrai um comando definitivo de caráter proibitivo, de modo que diante de sua hipótese de incidência é preciso que se aplique, de forma plena e linear, a sua consequência, que é a referida proibição de substituição.

Portanto, sem a menor dúvida, quanto ao art. 44, I, do Código Penal, é correto afirmar que se trata de uma autêntica regra jurídica³, editada pelo legislador infraconstitucional, no pleno exercício de sua liberdade de conformação normativa das diversas normas constitucionais, aqui especificamente na seara penal.

O que se mostra agora relevante indagar é se o legislador o fez de forma legítima ou não, diante do que estabelece a Constituição Federal, em especial o rol de direitos fundamentais nela previsto, dentro do qual se destaca o princípio constitucional utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no precedente que abre o presente trabalho, qual seja, o da individualização da pena.

2 Para uma abordagem específica desses direitos em confronto com a prerrogativa da imunidade parlamentar material brasileira, prevista no art. 53, *caput*, da Constituição Federal, cf. artigo de nossa autoria: BELO, 2014.

3 Para a definição de uma importante norma constitucional (art. 16 da Constituição) como autêntica regra jurídica, checar o julgamento em que o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação da chamada “Lei da Ficha Limpa”, nas eleições de 2010, em especial o voto do Min. Luiz Fux, no RE 633703, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-219 DIVULG 17-11-2011 PUBLIC 18-11-2011 RTJ VOL-00221- PP-00462 EMENT VOL-02628-01 PP-00065.

Inicialmente, não se pode esquecer que o art. 5º, XXXIX, da Constituição, ao dispor que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, confere ao legislador ordinário ampla liberdade para a definição legal daquelas condutas reputadas criminosas, bem como das respectivas sanções penais a elas cominadas. Todavia, apesar de ampla, essa liberdade não é ilimitada⁴.

Para a doutrina:

[...] a Constituição e o Direito Penal compartilham uma relação axiológico-normativa a partir da qual se podem deduzir três níveis de interação: (i) a intervenção penal constitucionalmente *proibida*, (ii) a intervenção penal constitucionalmente *possível* e (iii) a intervenção penal constitucionalmente *obrigatória* (deveres de proteção, na forma de mandados constitucionais de tutela penal)⁵. (itálico no original).

De acordo com esse pensamento, seria constitucionalmente proibida uma intervenção penal do legislador que criminalizasse: a) o que é garantido pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a livre manifestação do pensamento exercida em protestos considerados pacíficos, por mais aborrecedores que sejam; b) certas condutas em proteção a valores ou interesses constitucionalmente proscritos, como criminalizar o homossexualismo; c) condutas socialmente irrelevantes, como as desprovidas de qualquer coeficiente de ofensividade⁶.

Além de não ser um tipo penal incriminador, facilmente se nota que a proibição contida no art. 44, I, do Código Penal não se encaixa em nenhuma dessas situações.

Com efeito, ao estabelecer esta regra penal, o legislador ordinário o fez com o nítido objetivo de maior proteção ao princípio basilar da dignidade humana da vítima, sendo inquestionável que os elementos “violência e grave ameaça”, normalmente, atingem de forma intensa a dignidade física e psíquica da vítima. Ademais, procurou-se, em decorrência disso, incrementar os níveis de segurança pública. Logo, a previsão normativa em foco não alcança nada que esteja no âmbito de proteção de algum outro direito fundamental do condenado, sendo delineada pelo legislador para a proteção de um dos mais caros fundamentos da República brasileira.

Assim, o legislador, de maneira constitucionalmente legítima, considerou de maior reprovabilidade e, por isso mesmo, merecedora de uma sanção penal mais grave, a conduta daquele que, valendo-se do seu direito de liberdade, comete uma conduta dolosa criminoso, com a prática de violência ou grave ameaça à pessoa da vítima, o que torna essa conduta socialmente relevante. Como se vê, o art. 44, I, do Código Penal constitui uma espécie de intervenção penal constitucionalmente possível.

Sob o ângulo jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal reconhece e respeita a liberdade de conformação do legislador na esfera penal. Veja-se o seguinte

4 Cf. FELDENS, 2012, p. 61.

5 Idem, p. 65.

6 Idem, p. 65-67.

julgado, a propósito dos crimes de perigo abstrato previstos no Estatuto do Desarmamento, no qual o relator aduziu o seguinte:

Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo⁷.

Também nos autos da ADI 3112-DF⁸, em que declarada a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Estatuto do Desarmamento, o mesmo Min. Gilmar Mendes observou que:

O exercício do controle de constitucionalidade, especialmente em matéria penal, deve ser exercido com observância das amplas margens de ação constitucionalmente deferidas ao legislador para a confecção de políticas criminais voltadas à segurança da população e à paz social⁹.

Se isso não for observado pelo Poder Judiciário, certamente serão desrespeitados os princípios democrático e de separação de poderes, inviabilizando a legítima atuação do Poder Legislativo, na edição de leis penais. Não é por outro motivo, que o Min. Joaquim Barbosa, ao abrir divergência no julgamento do primeiro *habeas corpus* citado neste trabalho¹⁰, fez ponderações a esse respeito que merecem detida e ampla reflexão, sob pena de ser admitida desmedida ampliação do sentido e alcance normativo do princípio constitucional de individualização da pena, a ponto de impedir, até mesmo, um dos planos de aplicação desse princípio, que é o legislativo¹¹. Confira-se:

Como se percebe, a substituição da pena **não cabe em qualquer crime** e, portanto, a atividade **judicial** de individualização da pena encontra este **primeiro balizamento legal**. A aplicação de penas alternativas é **regulada pela lei**, que **estabelece quando elas poderão ser aplicadas**. Noutras palavras: o instituto da substituição da pena **não deriva, diretamente, do direito constitucional à individualização da pena**. O nosso ordenamento **não outorga ao juiz essa liberdade ampla de analisar se a substituição é cabível, em todo e qualquer**

7 Trecho do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no HC 104410, do qual relator, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

8 Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538.

9 Com efeito, “doutrina e jurisprudência reconhecem ampla liberdade de conformação ao legislador na definição dos crimes e das sanções, de acordo com as demandas sociais e com as circunstâncias políticas e econômicas de cada época”. In: BARROSO, 2011, p. 403.

10 HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333.

11 É importante ter em mente que “o reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobrepor ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade”. In: BARROSO, 2011, p. 444.

caso concreto. Somente naquelas circunstâncias específicas previstas na lei é que a substituição será possível.

Vejamos alguns exemplos. O Código Penal **veda a substituição da pena** nos casos de crimes cometidos **com violência ou grave ameaça**. Esta vedação nunca foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. E há **crimes menos graves do que o tráfico de drogas que incidem nesta proibição**, como por exemplo: **crime de lesão corporal grave**; crime de **aborto**; crime de **roubo simples**. Nenhum desses crimes é considerado hediondo e, mesmo assim, **não é possível a substituição da pena**.

[...].

Neste aspecto, portanto, da cominação de penas, seja em relação à **espécie cabível em determinados crimes**, seja ao **mínimo e máximo legalmente cominados**, seja, ainda, quanto ao **regime inicial de cumprimento**, a liberdade do legislador é ampla, sendo permeada pelo princípio da **proporcionalidade** e pelas **vedações expressas contempladas na Constituição da República a algumas espécies de pena**. Nesta limitação, não há qualquer norma da Lei Maior que **retire do legislador o poder de vedar as penas restritivas de direitos nos casos que considere mais graves para a sociedade, nem, ainda, que delegue, com exclusividade, ao juiz da causa, a análise da sua aplicabilidade ou não no caso concreto**.

[...].

Considerada a vagueza e abstração das normas constitucionais, o **excesso interpretativo**, longe de realizar os direitos e garantias individuais, aumentará a tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia representativa, produzindo a **inconstitucionalidade de todo o ordenamento jurídico elaborado pelo legislador eleito**, especialmente considerando uma Constituição extensa como a brasileira. (destaques no original).

Justamente por esses motivos é que não se pode concordar com a premissa sustentada pelo Min. Cezar Peluso, já referida, no sentido de que a natureza do crime não revela a sua gravidade em concreto. Pode até ser que a gravidade em concreto de um crime seja evidenciada no momento de sua dosimetria penal concreta, por meio da sentença penal condenatória, em que realizada a individualização judicial, mas esse aspecto não infirma a importância da natureza do crime quando se cuida da individualização legislativa, a ser concretizada pelo legislador em abstrato, no instante de edição das leis penais. Pelos argumentos já expostos até aqui, fica claro que um crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa é suficientemente grave a ponto de autorizar, de maneira legítima, o legislador ordinário a vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em tais hipóteses, mesmo que a pena imposta em concreto pelo juiz não ultrapasse os quatro anos de prisão.

Não obstante, a despeito de assentada a constitucionalidade do art. 44, I, do Código Penal, no plano abstrato ou em tese, cabe indagar se seria legítimo o intérprete admitir algum tipo de exceção a essa regra, de forma absolutamente ex-

cepcional e diante de particularidades do caso concreto apreciado, certamente não previstas pelo legislador. Para tanto, é preciso investigar se seria viável, quanto a essa regra proibitiva, a adoção da chamada “teoria da superabilidade ou derrotabilidade das regras”, o que será examinado a seguir.

2. A DERROTABILIDADE DA REGRA PENAL EM FOCO

A teoria da derrotabilidade das regras, também expressa pelo termo inglês *defeasibility*, está baseada na circunstância de ser impossível ao legislador prever todos os casos e suas específicas particularidades, ao editar as regras legais que lhe competem¹², de sorte que sempre haverá, ainda que de forma excepcional, a existência de alguns raros casos que, embora se encaixem na hipótese de incidência dessas regras, não terão a aptidão de provocar a realização da consequência jurídica nelas prevista, por razões que serão delineadas na sequência.

Esse processo, porém, não é simples e exige do aplicador um elevado ônus argumentativo, em virtude do importante papel desempenhado pelas regras no sistema jurídico.

Com efeito, a doutrina destaca as seguintes características das regras que as tornam, necessariamente, de difícil – mas não impossível – superação: a) afastam a controvérsia e a incerteza no exercício do poder; b) eliminam ou reduzem a arbitrariedade que pode surgir se houver aplicação direta de valores morais ou mesmo dos diversos princípios; c) evitam problemas de coordenação, deliberação e conhecimento; d) estão intimamente relacionadas com a segurança jurídica, a paz e a igualdade, desempenhando função destacada de solução previsível, eficiente e normalmente equânime dos conflitos sociais¹³.

Isso tudo decorre da circunstância política e jurídica de que as regras são fruto de decisões tomadas pelo legislador, no sopesamento inicial que a ele cabe fazer de todos os princípios constitucionais em eventual colisão, definindo, de forma quase absoluta, por meio de regras, comportamentos (em sentido amplo) permitidos, proibidos ou obrigatórios, no desempenho de sua atuação embasada nos sobre princípios do Estado de Direito e Democrático.

12 Cf., nesse sentido, BÄCKER (2011). Nas p. 60-61, ele afirma que: “Se olharmos para as regras, elas têm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis”. Em seguida, nas p. 67-68, ele conclui: “Em resumo, a derrotabilidade das regras se origina da limitação da capacidade humana em prever todas as circunstâncias relevantes e, por conseguinte, da correspondente deficiência estrutural das regras”. Do mesmo modo, BUSTAMANTE (2010, p. 161), ao criticar o modelo simplista de Dworkin, de aplicação “tudo ou nada” das regras, advoga a tese de que: “O modelo mais diferenciado é necessário porque é sempre possível introduzir na motivação de uma decisão jurídica uma *cláusula de exceção* (em uma das regras). Quando isso acontece, então a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso concreto” (itálico no original).

13 ÁVILA, 2014, p. 139-141.

Por essa razão é que a doutrina, ao fazer a distinção entre o núcleo essencial dos princípios e aquilo que embora relacionado a eles não se encaixa em tal núcleo, confere enorme respeito à atuação do Poder Legislativo, no estabelecimento das inúmeras regras legais, ao dizer que:

[...] o restante da extensão possível do princípio deverá ser preenchida pela deliberação majoritária, em função da convicção das maiorias em cada momento político: e nesse ponto teremos, em especial, as regras infraconstitucionais. Isto é: esse espaço de expansão do princípio fica reservado, pela Carta, à definição pelos meios próprios da deliberação democrática em um ambiente de pluralismo político. Em suma: caberá ao Legislativo e ao Executivo, no exercício de suas competências constitucionais, formularem as opções que darão conteúdo aos princípios.

O reflexo do que se acaba de expor [...] as regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre os princípios. Isto é: em uma situação de conflito inevitável, a regra deve ser preservada e o princípio comprimido, e não o oposto¹⁴.

Por isso que o afastamento de uma regra, sob a alegação de que ela estaria a violar a área não nuclear de um princípio, gera uma grave distorção consistente no seguinte:

[...] se se trata de uma regra infraconstitucional [como a do art. 44, I, do Código Penal], o intérprete estará conferindo à sua própria concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos órgãos legitimados para tanto¹⁵.

Em outras palavras, é preciso ter em mente que:

Na verdade, imaginando os princípios como círculos concêntricos, que ocupam grandes áreas, porém de maneira difusa e com pouca densidade (com exceção de seu próprio núcleo), temos as regras como pontos de certeza espalhados por toda essa superfície. Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de

14 BARCELLOS, 2003, p. 81.

15 BARCELLOS, 2003, p. 81. Foi o que fez, no nosso entender, o Supremo Tribunal Federal no HC n. 97.256-RS, rel. Min. Ayres Britto, já citado, ao conferir amplitude desmedida ao princípio constitucional de individualização da pena, para muito além de seu núcleo essencial, o que culminou com a invalidade de uma regra infraconstitucional legitimamente fixada pelo legislador ordinário. Tanto assim que o Min. Joaquim Barbosa, em seu voto vencido, chamou a atenção da Corte para esse aspecto, ao pontuar que: “[...] se abstrairmos excessivamente o princípio da individualização da pena estabelecido no art. 5º, XLVI, chegaremos a uma situação em que o legislador não poderá estabelecer pena alguma: apenas o juiz poderia individualizar, de acordo com seu julgamento do caso concreto, a sanção penal cabível, dentre aquelas estabelecidas exclusivamente na Constituição da República”. (destaques no original). Também o Min. Marco Aurélio, ao acompanhar o Min. Joaquim Barbosa, considerou que: “A lei especial surge no campo da opção político-normativa, tendo em conta a quadra vivenciada, opção político-normativa que também levou o legislador a limitar o implemento da substituição nos crimes dolosos e em certas situações”.

cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomadas no interior de tais fronteiras¹⁶.

Deve-se, portanto, respeitar, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, o legítimo exercício da função legislativa, especialmente na fixação de regras nos mais variados campos do Direito, de sorte que somente em situações de inegável e evidente incompatibilidade com a Constituição é que se impõe decidir, na esfera jurisdicional e abstrata, pela invalidade de tais normas¹⁷.

Mas ainda que seja assentada, no plano abstrato ou em tese, a constitucionalidade de determinada regra, como a que é objeto deste trabalho, é possível que ela, em determinados casos concretos, seja superada ou derrotada, pois “[...] regras em tese perfeitamente válidas podem mostrar-se, em determinadas incidências, inconstitucionais, incompatíveis com outras disposições constitucionais ou profundamente injustas”¹⁸.

Daí porque se passará agora a tratar das hipóteses em que a regra do art. 44, I, do Código Penal – de plena constitucionalidade no plano abstrato – poderá ser superada.

16 BARCELLOS, 2003, p. 82. Ou, nas palavras do Min. Roberto Barroso: “Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandado definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete”. In: BARROSO, 2011, p. 445.

17 Como bem ressalta a doutrina: “O juízo de inconstitucionalidade é um remédio excepcional que deve ser reservado para as hipóteses em que há violação evidente e grave de disposições constitucionais e não como instrumento de afirmação das convicções políticas pessoais do intérprete”. In: BARCELLOS, 2005, p. 233-234.

18 BARCELLOS, 2003, p. 90. O próprio Supremo Tribunal Federal já assentou essa possibilidade, como se pode concluir dos seguintes precedentes: a) No HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012, acima citado, em que a Turma, embora reconhecendo a constitucionalidade em tese dos tipos penais de perigo abstrato, previstos no Estatuto do Desarmamento, deixou consignado, na própria ementa do acórdão, que “a questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa”. Com o mesmo teor, cf.: HC 102087, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013 EMENTVOL-02699-01 PP-00001; b) Na ADI 223 MC, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/1990, DJ 29-06-1990 PP-06218 EMENT VOL-01587-01 PP-00001, em que o Tribunal Pleno examinou um conjunto de medidas provisórias editadas no Plano Collor, por força das quais era vedada a concessão pelo Judiciário de medidas liminares em mandados de segurança e em outras ações. Alegava-se na ação desrespeito ao princípio constitucional de inafastabilidade do controle judicial. Prevaleceu o voto do Min. Sepúlveda Pertence, do qual se extrai que “[...] não seria possível em abstrato saber em que momento essa restrição deixa de ser razoável e afeta essencialmente o princípio do acesso à Justiça. Apenas diante do caso concreto será possível aferir essa inconstitucionalidade”. In: BARCELLOS, 2003, p. 87.

2.1. Da derrotabilidade legal sistemática

O ordenamento jurídico de um Estado como o brasileiro, apesar de complexo, é um conjunto normativo que forma uma unidade, de modo que o intérprete não pode prescindir do cânone sistemático para a sua adequada interpretação.

Assim, é possível que o próprio legislador, ao editar certo conjunto normativo (um microsistema legal, por exemplo), acabe por provocar, em determinados casos ou tipos penais, a superação da regra prevista no art. 44, I, do Código Penal, de maneira implícita, como parece ter ocorrido diante da edição da Lei n. 9.099/95, no que se refere aos chamados crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena privativa de liberdade não pode exceder os dois anos de prisão (art. 61 da mencionada lei)¹⁹.

No rol desses crimes, estão delitos como a lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do Código Penal); o constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal); a ameaça (art. 147 do Código Penal); o atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197 do Código Penal); impedimento, perturbação ou fraude de concorrência (art. 335 do Código Penal); violência ou fraude em arrematação judicial (art. 358 do Código Penal), além de alguns outros.

Em todos eles, apesar de terem como elementos do tipo a violência e a grave ameaça, é possível que, antes mesmo do oferecimento da respectiva ação penal, seja realizada a chamada transação penal, em que, de forma consensual entre o suposto autor e o Ministério Público, será aplicada uma pena de multa ou restritiva de direitos, se não for caso de arquivamento, nos termos do art. 76 da referida Lei n. 9.099/95, afastando-se, assim, a aplicação de pena privativa de liberdade.

Diante disso, indaga-se: se por algum motivo (como a própria recusa do suposto autor, por exemplo) não for realizada a transação penal, e o Ministério Público vier a oferecer a ação penal, havendo condenação a uma pena privativa de liberdade, poderá esta ser substituída por restritiva de direitos, já que a pena não será superior a quatro anos e apesar da violência ou grave ameaça presente no respectivo tipo penal?²⁰

A resposta, no nosso entender, só pode ser positiva.

É que o próprio legislador penal considera, em relação a esses delitos, ser suficiente e necessária a imposição de pena não privativa de liberdade, quer na fase de transação penal (sem falar em possível composição civil dos danos), quer em

19 Registre-se que no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei n. 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, expressamente (em seu art. 41), afastou a aplicação da Lei n. 9.099/95 de seu âmbito de incidência. Sobre o sentido e alcance desse art. 41, com críticas em relação ao julgamento do Supremo Tribunal Federal quanto à sua plena constitucionalidade, cf. nosso livro: BELO, 2014. A despeito dessa posição do STF, há um precedente da Quinta Turma do STJ admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na hipótese de vias de fato, mesmo com incidência da Lei Maria da Penha: HC 207.978/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 13/04/2012.

20 Considerando-se também, por evidente, preenchidos todos os outros requisitos do art. 44 do Código Penal.

eventual condenação ao final do processo, conforme se extrai do próprio art. 62 dessa lei.

Ora, se essa diretriz foi traçada pelo legislador no instante em que não há sequer contraditório e ampla defesa (fase de transação penal ou mesmo de composição civil dos danos, se pertinente), por que motivo haveria de ser impossibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao final da ação penal, em caso de condenação, se presentes todos os requisitos do art. 44 do Código Penal, com exceção da violência ou grave ameaça nesses tipos penais? Repita-se que esses elementos do tipo penal, quanto aos crimes de menor potencial ofensivo, não constituem óbice à realização da referida transação penal ou da composição civil dos danos, pelo que, por coerência sistemática (art. 62 da Lei n. 9.099/95), não poderão impedir a citada substituição em caso de condenação.

A esse respeito, a doutrina majoritária assim se posiciona:

Se uma das finalidades da substituição é justamente evitar o encarceramento daquele que teria sido condenado ao cumprimento de uma pena de curta duração, nos crimes de lesão corporal leve, de constrangimento ilegal ou mesmo de ameaça, onde a violência e a grave ameaça fazem parte desses tipos, estaria impossibilitada a substituição? Entendemos que não, pois se as infrações penais se amoldam àquelas consideradas de menor potencial ofensivo, sendo o seu julgamento realizado até mesmo no Juizado Especial Criminal, seria um verdadeiro contrassenso impedir, justamente nesses casos a substituição. Assim, se a infração penal for da competência do Juizado Especial Criminal, em virtude da pena máxima a ela cominada, entendemos que, mesmo que haja o emprego de violência ou grave ameaça, será possível a substituição²¹.

[...]. Deveras, se é possível até mesmo a composição dos danos civis, em determinados casos [em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo], e frequentemente a transação penal, institutos muito mais benéficos, não seria pertinente a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos²².

Fica claro, portanto, que o próprio legislador penal ordinário, ao considerar esses crimes de menor potencial ofensivo e a eles estabelecer a sistemática contida na Lei n. 9.099/95, acabou por inserir no ordenamento jurídico brasileiro verdadeiras exceções ao inciso I do art. 44 do Código Penal, na parte em que este veda a mencionada substituição quando se cuidar de infração penal cometida com violên-

21 GRECO, 2014, p. 543. Nesse sentido, cf.: Revisão Criminal 1.0000.12.077178-7/000, Relator(a): Des. (a) Júlio Cezar Guttierrez, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, TJMG, julgamento em 02/04/2013, publicação da súmula em 10/05/2013. De igual modo, considerando também um contrassenso impedir-se a substituição em foco, no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo, o posicionamento de BITENCOURT, 2013, p. 126: “Seria um contrassenso uma lei nova [9.714/98], com objetivo nitidamente *descarcerizador*, que amplia a aplicação de alternativas à pena privativa de liberdade, por equívoco interpretativo obrigar a aplicação de pena privativa de liberdade às *infrações de menor potencial ofensivo*”. (itálico no original).

22 MASSON, 2010, p. 651, segundo o qual esse é o entendimento que prevalece na doutrina.

cia ou grave ameaça à pessoa. Por isso é que consideramos que houve aqui a derrotabilidade legal sistemática dessa regra penal. A propósito, com essa compreensão, o seguinte precedente:

DIREITO PENAL – AMEAÇA E VIAS DE FATO – CONDENAÇÃO. PROVAS ROBUSTAS – ÂNIMO EXALTADO QUE, POR SI SÓ, NÃO EXCLUI O DOLO. EMBRIAGUEZ INCOMPLETA E INVOLUNTÁRIA QUE NÃO AFASTA A CULPABILIDADE. LEGÍTIMA DEFESA NÃO VERIFICADA – APLICAÇÃO DAS PENAS. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. EXCEÇÃO À PROIBIÇÃO DO INCISO I DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. I – [...]. V – Excepciona-se a proibição da substituição das penas de infrações cometidos (sic) com violência e/ ou grave ameaça quando elas se revelem de pequeno potencial ofensivo. (Apelação Criminal 1.0408.09.021432-6/001, Relator(a): Des.(a) Adilson Lamounier, 5ª CÂMARA CRIMINAL, TJMG, julgamento em 30/11/2010, publicação da súmula em 14/01/2011).

Cumpra agora avaliar se seria possível – excluídas as infrações penais de menor potencial ofensivo – considerar a regra do art. 44, I, do Código Penal derrotada, ainda que de modo excepcional, em algum outro caso que cuide dos demais tipos de crimes que também tenham, em sua estrutura legal, a violência ou a grave ameaça. É o que será abordado no próximo tópico.

2.2. Da derrotabilidade doutrinária e jurisprudencial: a construção de uma possibilidade

Embora não seja comum a hipótese de derrotabilidade jurisprudencial de uma regra penal, como a do art. 44, I, do Código Penal, a doutrina costuma comentar bastante um emblemático precedente do Supremo Tribunal Federal, em que foi superada a regra penal segundo a qual o estupro cometido contra uma mulher, menor de catorze anos, trazia em si a presunção absoluta de violência contra a vítima, ainda que esta houvesse consentido com o ato. Cuida-se do HC 73.662, Relator Min. Marco Aurélio, no qual a Segunda Turma do STF²³, por votação majoritária, entendeu que essa regra, consideradas as peculiaridades do caso concreto, não deveria ser aplicada, concluindo, assim, que a presunção de violência não poderia ser sempre absoluta, mas relativa, a depender das particularidades de cada caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Dos votos vencedores proferidos²⁴, podem-se extrair as seguintes razões que culminaram com a superação da mencionada regra penal: a) a vítima aparentava ser

23 Julgado em 21/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028.

24 Acompanharam o Min. Marco Aurélio, os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Ficaram vencidos os Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira.

maior; b) ela levava vida dissoluta; c) já havia transcorrido o prazo de cinco anos desde a condenação imposta e o réu, nesse intervalo, já havia formado uma família, que merecia proteção nos termos do art. 226 da Constituição; d) não havia o menor sinal de constrangimento da vítima e tanto ela quanto o réu eram pessoas simples e jovens, sem maior instrução; e) o Judiciário não pode aplicar o Direito como se fosse uma ciência exata, como se não precisasse raciocinar diante das particularidades de cada caso concreto; f) o Direito não pode prescindir de uma interpretação evolutiva, que leve em conta a mudança de costumes da sociedade, ao longo de mais de cinquenta anos, a contar da edição da regra superada; g) ficou comprovado que a vítima não tinha qualquer tipo de alienação mental e consentiu com a relação sexual de forma expressa e espontânea.

Para BARCELLOS (2003, p. 93), “a decisão do STF apresenta uma circunstância particular: o princípio com o qual a regra examinada estará colidindo é o princípio da justiça e da razoabilidade em um sentido difuso”.

Dois outros casos mais recentes na jurisprudência do STF podem ser apontados²⁵. O primeiro deles foi discutido no HC n. 119.567-RJ, redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, j. 22.05.2014²⁶. Cuidava-se de um militar que havia sido condenado a quatro meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime de deserção e requeria, em função de particularidades de sua conduta, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, que encontrava óbice em dispositivos legais contidos no Código Penal Militar (art. 88, II, “a”) e no Código de Processo Penal Militar (art. 617, II, “a”).

Por seis votos a cinco, o Plenário entendeu que essas normas haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, sob o fundamento de que a própria Constituição estabelece a organização das Forças Armadas com base na hierarquia e na disciplina, de modo que a opção do legislador ordinário em vedar a suspensão condicional da execução da pena, nesse tipo de crime, seria legítima, devendo ser respeitada pelo Poder Judiciário.

Os cinco votos vencidos²⁷, porém, consideravam que não teria ocorrido a recepção daquelas normas pela Constituição Federal de 1988. Todavia, embora tenham concluído pela incompatibilidade em abstrato dessas normas questionadas no *habeas corpus* em relação à Constituição, é fácil perceber que a questão jurídica por eles sustentada invoca, na realidade, a possibilidade de superação ou derrota dessa regra proibitiva, somente em virtude das peculiaridades do caso concreto apreciado.

Com efeito, os votos vencidos, em resumo, destacaram que

[...] diante de deserção consumada **durante breve período** e da **apresentação voluntária do militar ao serviço**, que **assumira as consequências de seu ato**,

25 Ambos foram noticiados no *Informativo STF* n. 747, divulgado em 05.06.2014.

26 A ata de julgamento foi publicada no DJE n. 110, de 06.06.2014.

27 Proferidos pelos Ministros Dias Toffoli (relator), Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (então presidente da Corte).

não pareceria plausível que mero imperativo legal [uma regra] impedisse que o julgador apreciasse, **em face da situação concreta registrada nos autos**, os pressupostos subjetivos e objetivos inerentes à suspensão condicional da pena, para conceder ou não o benefício. [...]. **Assentavam a possibilidade de se aplicar uma proporcionalidade “in concreto”**. (negrito nosso).

Ora, as partes acima destacadas, retiradas de passagem contida no *Informativo STF* n. 747, demonstram que, embora os votos vencidos tenham concluído pela não recepção da regra proibitiva penal em relação à Constituição Federal de 1988, os fundamentos apresentados provocariam apenas a superação da mencionada regra naquele específico **caso concreto**, de modo que, ao que tudo indica, a melhor solução teria sido uma opção intermediária: a regra teria sim sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, tal como sustentado pelos votos vencedores, mas não se aplicaria ao apontado caso concreto, em virtude de suas peculiaridades²⁸, as quais demonstravam ser proporcional e razoável (**plausível**) a pretendida substituição, o que – é preciso salientar – deveria ficar bem exposto em uma fundamentação que, de forma ampla e bem estruturada, delineasse em seu bojo o elevado ônus argumentativo, capaz de motivar a suscitada superação da regra, conforme será melhor examinado a seguir.

O segundo exemplo é relativo ao Direito Eleitoral, mais especificamente à adequada interpretação da Súmula Vinculante n. 18 do STF, assim redigida: “A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal”.

A superação dessa regra jurisprudencial se deu no RE n. 758.461-PB, rel. Min. Teori Zavascki, j. 22.05.2014²⁹, em que o Plenário, por votação unânime, acabou por inserir nela uma exceção, consistente em não aplicá-la “aos casos de extinção do vínculo conjugal pela morte de um dos cônjuges”.

O raciocínio desenvolvido começou por firmar a finalidade da norma constitucional (art. 14, § 7º), que prevê essa inelegibilidade, para, em seguida, se concluir que a morte do titular do mandato, dentro ainda do prazo de desincompatibilização, em nada afetaria ou prejudicaria essa finalidade, de sorte que a restrição ao direito de ser votado e eleito não poderia ter aplicação nessa hipótese:

[O Plenário] afirmou que a referida norma teria por objetivo impedir a hegemonia política de um mesmo grupo familiar, ao dar efetividade à alternância no poder, preceito básico do regime democrático. Destacou que, atualmente, a Corte viria interpretando teleologicamente o dispositivo constitucional em questão no sentido de que a dissolução do vínculo matrimonial no curso do

28 Conforme pontuado pelo Min. Roberto Barroso, em trabalho doutrinário: “O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame”. In: BARROSO, 2011, p. 351. Em outras palavras: “Por isso, não é de estranhar que determinadas normas possam ser inconstitucionais em função desse seu contexto particular, a despeito da validade geral do enunciado do qual derivam”. In: BARCELLOS, 2005, p. 232.

29 A ata de julgamento foi publicada no DJE n. 110, de 06.06.2014.

mandato não afastaria a inelegibilidade nos casos em que houvesse evidente fraude na separação ou divórcio, com o intuito de burlar a vedação constitucional e perpetuar o grupo familiar no poder. [...].

A Corte sublinhou que, entre os desideratos do art. 14, § 7º, da CF, registrar-se-iam o de inibir a perpetuação política de grupos familiares e o de inviabilizar a utilização da máquina administrativa em benefício de parentes detentores de poder. Asseverou que, no entanto, a superveniência da morte do titular, no curso do prazo legal de desincompatibilização deste, afastaria ambas as situações. Explicou que a morte, além de fazer desaparecer o “grupo político familiar”, impediria que os aspirantes ao poder se beneficiassem de eventuais benesses que o titular lhes poderia proporcionar.

Além disso, a Corte destacou particularidades do caso concreto que não poderiam ser ignoradas e que também confirmavam a necessidade de dar provimento ao recurso interposto, restabelecendo-se o mandato da recorrente, mediante o afastamento da aludida súmula vinculante:

Consignou que haveria outras especificidades do caso que não poderiam ser desprezadas: a) o falecimento ter ocorrido mais de um ano antes do pleito, dentro, portanto, do prazo para desincompatibilização do ex-prefeito; b) a cônjuge supérstite haver concorrido contra o grupo político do ex-marido; c) a recorrente ter se casado novamente durante seu primeiro mandato e constituído nova instituição familiar; e d) o TSE ter respondido à consulta, para assentar a elegibilidade de candidatos que, em tese, estivessem em situação idêntica à dos autos.

Importante observar também que, embora não tenha sido explícito nesse sentido, o STF justificou que a superação da regra contida na citada súmula vinculante tinha por fundamento a circunstância de que o Tribunal, ao assentá-la, não imaginou ou não previu uma situação de dissolução do vínculo matrimonial ou conjugal com base na morte de um dos cônjuges, o que se coaduna com a razão de ser da própria existência e admissão da teoria da derrotabilidade de regras jurídicas, consoante acima explicitado. Confira-se, para tanto, o trecho final relativo a esse julgamento:

[O Tribunal] registrou que o fundamento para a edição do Verbete 18 da Súmula Vinculante do STF fora a ocorrência de separações e divórcios fraudulentos, como forma de obstar a incidência da inelegibilidade. Aludiu que a hipótese ora versada, de extinção do vínculo matrimonial pela morte de um dos cônjuges, certamente não teria sido considerada na oportunidade.

No direito processual penal constitucional, há interessante caso de superação de uma regra constitucional proibitiva que, pelo clássico raciocínio silogístico, deveria ter sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, mas não o foi, justamente em razão da excepcionalidade extraordinária da qual se revestia o caso concreto examinado pela Corte. Cuida-se da regra constitucional segundo a qual um parlamentar estadual não pode ser preso, após a diplomação, salvo em flagrante de

crime inafiançável (art. 53, § 2º, c/c o art. 27, § 1º, ambos da Constituição Federal), hipótese em que deverá ser feita a remessa dos autos à respectiva Casa Legislativa para que esta resolva sobre a prisão.

A ementa desse precedente, por si só, revela, de forma clara, a derrotabilidade dessa regra constitucional, em função dos valores e finalidades do próprio sistema constitucional como um todo, no qual ela está inserida, embora os votos condutores não tenham mencionado a teoria em comento:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO DECRETADA EM AÇÃO PENAL POR MINISTRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEPUTADO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE COATORA E NULIDADE DA PRISÃO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO OBSERVADA A IMUNIDADE PREVISTA NO § 3º DO ART. 53 C/C PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 27, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO À ESPÉCIE DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 53, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 1. [...]. 2. Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. **A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina.** A Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, **afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente.** 3. *Habeas corpus* cuja ordem se denega. (HC 89417, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 15-12-2006 PP-00096 EMENT VOL-02260-05 PP-00879)³⁰. (negrito nosso).

Entendeu-se, basicamente, que a excepcionalidade do caso submetido à apreciação da Primeira Turma do STF – consistente na circunstância grave e de extraordinária ocorrência de que dos vinte e quatro deputados estaduais, da Assembleia Legislativa de Rondônia, vinte e dois respondiam com o paciente do HC pela

30 Ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Para uma abordagem desse precedente, especificamente em relação à teleologia constitucional da imunidade parlamentar material brasileira, cf. nosso artigo: BELO, 2014. A despeito da unidade da Constituição, esse precedente demonstra que há mesmo uma espécie de hierarquia axiológica entre regras e princípios constitucionais, “[...] devido ao fato de os princípios condicionarem a compreensão das regras e até mesmo, em certas hipóteses, poderem afastar sua incidência”. In: BARROSO, 2011, p. 342.

prática de crime organizado –, legitimava³¹ o afastamento da regra constitucional que proíbe a prisão preventiva de parlamentar estadual e, em caso de prisão em flagrante de crime inafiançável, estabelece ainda a necessidade de que a respectiva Casa Legislativa delibere a respeito da manutenção ou não da prisão.

Não obstante esses casos emblemáticos de nítida superação de regras jurídicas pela jurisprudência³², é preciso estabelecer algumas condições capazes de promover, validamente, a sua legitimidade, mediante um controle intersubjetivo, já que uma regra legal, conforme destacado, tem elevada importância em um Estado Democrático de Direito.

Com esse desiderato, ÁVILA (2014, p. 141-147) apresenta as seguintes condições: 1) de ordem material: a) a superação excepcional da regra, mediante o reconhecimento de uma exceção, não pode prejudicar o valor da segurança jurídica, devendo o caso concreto que a caracterizar ser de difícil reprodução na prática, de sorte que a justiça geral realizada pela regra não venha a ser afetada; b) a admissão da exceção não pode prejudicar a realização do valor, princípio ou finalidade subjacente à regra [foi o que se destacou acima, quanto ao afastamento da Súmula Vinculante n. 18 do STF, por exemplo]; 2) de ordem procedimental: em face da eficácia decisiva que as regras possuem em relação aos princípios, a sua superação somente poderá ocorrer por razões extraordinárias e mediante um elevado ônus argumentativo, a ser externado na fundamentação da respectiva decisão judicial, sob pena de nulidade³³.

31 Tal como sustentado pelos votos vencedores da relatora, Min. Cármen Lúcia, e dos Ministros Ayres Britto e Sepúlveda Pertence. Em determinado trecho de seu voto, a relatora consignou que: “à excepcionalidade do quadro há de corresponder a excepcionalidade da forma de interpretar e aplicar os princípios e regras do sistema constitucional, não permitindo que para prestigiar uma regra – mais ainda, de exceção e de proibição e aplicada a pessoas para que atuem em benefício da sociedade – se transmute pelo seu isolamento de todas as outras do sistema e, assim, produza efeitos opostos aos quais se dá e para o que foi criada e compreendida no ordenamento”. Esse julgamento confere razão a ALEXY, 2012, p. 104, ao observar que: “Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio”.

32 A própria ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013, na qual se afastou a criminalidade do aborto de fetos anencéfalos, é também apontada pela doutrina como exemplo de derrotabilidade de normas jurídico-penais, pois ao tempo de edição da norma permissiva contida no art. 128 do Código Penal (início da década de 40 do século passado), o legislador não tinha condição de prever que o avanço da medicina, décadas depois, poderia permitir, com certeza científica, a identificação desses fetos no início da gestação (e a inviabilidade de sua vida extrauterina), de modo que, em função disso, caberia ao STF inserir naquela norma, mediante uma interpretação evolutiva, mais esse tipo permissivo (verdadeira exceção ao crime de aborto), no sentido de não ser antijurídico o aborto em tais casos. Nesse sentido: TORRES, 2012, p. 55.

33 Esse aspecto foi bem ressaltado por ALEXY (2014, p. 187), ao dizer que: “Com as regras, em casos normais, em que os pressupostos conhecidos ocorrem, sucede a consequência jurídica. Quem, com base em um princípio, quer fazer uma exceção a uma regra, suporta o ônus da argumentação, de forma semelhante ao que ocorre quando se afastam precedentes ou quando se afastam regulamentações em

Tendo em conta tais condições, indaga-se se seria juridicamente viável a superação da regra contida no art. 44, I, do Código Penal, em alguns dos outros crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa e que não sejam de menor potencial ofensivo.

Para tanto, imagine-se, por exemplo, a prática do crime previsto no art. 163, parágrafo único, I, do Código Penal (dano qualificado cuja pena máxima é de três anos de detenção), em que um idoso de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, mediante grave ameaça exercida com um porrete, destrói a bicicleta do filho de seu vizinho, que tinha o costume de pedalar em frente à sua residência, fazendo um certo barulho que o irritava.

Imagine-se, ainda, que o idoso seja primário, portador de bons antecedentes e que tenha confessado espontaneamente sua conduta delituosa perante o juiz, colaborando com a Justiça. Além disso, quase todas as outras circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal lhe seriam favoráveis, de sorte que ao final da dosimetria penal, sua sanção ficasse no patamar de um ano de detenção, com a imposição concomitante de ressarcimento do dano provocado, em cumprimento ao disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal. Pergunta-se: nesse caso, com essas peculiaridades, poderia o magistrado afastar a regra do art. 44, I, do Código Penal e substituir a pena privativa de liberdade imposta, por restritiva de direitos? Entendemos que sim, pelos motivos a seguir expostos.

De acordo com o Ministério da Justiça, em torno de apenas 1% (um por cento)³⁴ da população carcerária brasileira tem mais de sessenta anos de idade. Esse dado, por si só, já preencheria a condição acima de não prejuízo ao valor relativo à segurança jurídica, pois essa hipótese de condenação de um idoso de sessenta e cinco anos pelo tipo penal mencionado é extremamente rara, logo de difícil reprodução na prática forense criminal, de modo que a exceção em seu favor (caso isolado e individual) em nada afetaria a justiça geral.

Quanto à finalidade subjacente à regra do art. 44, I, do Código Penal, ela deve ser buscada no próprio Direito Penal, ao cuidar da aplicação de penas, o que se encontra no *caput* do art. 59 desse código, ao estabelecer que a sanção penal deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. No que se refere ao idoso, essa norma, que contém a finalidade da aplicação da sanção penal, deve ser conjugada com o § 1º do art. 82 da Lei de Execução Penal (7.210/84), segundo o qual “a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”.

geral”. Na mesma linha, BUSTAMANTE (2010, p. 161-162): “Estabelece-se, porém, uma carga de argumentação especial para quem advogar a não-aplicação de uma regra a uma situação coberta por sua hipótese de incidência, pois sempre haverá *princípios formais* (ou, como poderíamos chamar, *princípios institucionais*) que laboram em favor da manutenção das consequências da regra estabelecida pelo legislador”. (itálico no original).

34 Cf. MONTEIRO e CARDOSO, 2013, p. 102. Os dados apresentados são de 2010. Por isso, não se deve estranhar a dificuldade de serem encontrados precedentes criminais nos Tribunais, em que tenha ocorrido a condenação de um idoso. Geralmente, ele figura como vítima e não como agente.

Como se sabe, em quase todo o Brasil, infelizmente, esses estabelecimentos penais próprios e adequados à condição pessoal das mulheres e idosos não existem, tal qual ocorre em nosso Estado de Goiás. Esse dado empírico da realidade carcerária nacional não pode ser olvidado pelo magistrado. Também esse aspecto tem relevância argumentativa na decisão judicial. Com efeito, dele se pode extrair que faltaria razoabilidade para a aplicação cega, neste caso, da regra penal do art. 44, I, do Código Penal, sob a seguinte perspectiva:

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, [...] demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida [...]³⁵.

Dentro desse contexto, torna-se legítimo considerar que tanto a privação da liberdade quanto a substituição desta por restritiva de direitos, no exemplo ora imaginado, são capazes de promover (adequação ou idoneidade aproximada das medidas) as finalidades da reprimenda penal, pelo que se impõe o ingresso do aplicador do Direito no teste de necessidade ou de exigibilidade da intervenção punitiva estatal, em virtude do qual se deve optar pela alternativa (medida de intervenção) que menos restrinja o direito fundamental de liberdade do idoso (as penas restritivas de direitos), já que este não pode ser prejudicado pela absurda e já permanente inércia do Estado em cumprir o dever que lhe é imposto pelo citado art. 82 da Lei de Execução Penal. Ou seja, com fundamento no postulado normativo aplicativo da proporcionalidade³⁶, estará atendida também a condição relativa ao não prejuízo do fim subjacente à regra penal do inciso I do art. 44 do Código Penal³⁷.

Acrescente-se, por fim, que o próprio art. 44 do Código Penal, ao tempo em que estabelece a proibição de substituição em relação ao reincidente por crime doloso (inciso II), logo em seguida, no seu § 3º, prevê uma exceção a essa regra, nos seguintes termos: “Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, **a medida seja socialmente reco-**

35 ÁVILA, 2014, p. 202.

36 Como esse postulado, para o STF, decorre do devido processo legal substantivo (cf. MENDES, 1994), tem-se aqui uma situação na qual “[...] um enunciado normativo, válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas circunstâncias concretas, produz uma norma inconstitucional”. In: BARCELLOS, 2005, p. 231-232.

37 Além do fim legal destacado no texto, há nessa regra, como já mencionado, uma finalidade constitucional ligada ao incremento dos níveis de segurança pública e a um grau mais elevado de proteção da dignidade humana da vítima de um crime cometido com violência ou grave ameaça, que também deve ser considerada. No exemplo em questão, a vítima sofreu apenas a ameaça (sua integridade física não foi atingida) e o seu prejuízo exclusivo foi de ordem patrimonial, o qual foi objeto de fixação do dever de indenizar, imposto na própria sentença penal condenatória. Esses aspectos também demonstram que a exceção ora defendida, de igual modo, não prejudica a referida finalidade constitucional. Note-se que estamos adotando aqui, com relação à máxima da proporcionalidade, a classificação de ÁVILA, 2014, qual seja, de postulado normativo aplicativo, em evolução à opção que fizemos em nossa obra: BELO, 2014.

mendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (negrito nosso).

Embora no exemplo imaginado não se cuide de idoso reincidente em crime doloso, mas primário, vale ponderar se a substituição em comento seria também uma “medida socialmente recomendável”. A respeito dessa expressão, a doutrina entende que ela se relaciona com os fins da sanção penal, já delineados no *caput* do art. 59 do Código Penal, ou seja, ser suficiente e necessária para reprovação e prevenção do crime³⁸. A jurisprudência pátria, de igual modo, parece caminhar nesse sentido:

TJMG – APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA MEDIDA. CUSTAS PROCESSUAIS. MATÉRIA AFETA À EXECUÇÃO PENAL. 1. Ainda que a reincidência do agente não seja específica, não deve ser aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se ela não se mostra adequada e nem socialmente recomendável para a reprovação e prevenção do crime. 2. [...]. (Apelação Criminal nº 0086232-50.2010.8.13.0382 (10382100086232001), 3ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Maria Luíza de Marilac. j. 03.12.2013, DJ 12.12.2013).

TJDFT – APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES TENTADO. SUBTRAÇÃO DE PRODUTOS DO INTERIOR DE SUPERMERCADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO FURTO PRIVILEGIADO. RÉU PRIMÁRIO E PEQUENO VALOR DA *RES FURTIVA*. POSSIBILIDADE. *QUANTUM* DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. FRAÇÃO ADEQUADA ESTIPULADA NA SENTENÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EXCLUSIVAMENTE POR PENA DE MULTA. INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. [...]. Na hipótese, embora a pena do réu seja de 04 (quatro) meses de reclusão, a substituição apenas por pena de multa implicaria no esvaziamento da dupla função da pena de prevenção e reprovação do crime, além de não se mostrar socialmente recomendável, mormente diante da notícia do envolvimento do recorrente com outros delitos idênticos. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido [...]. (Processo nº 2013.01.1.063676-8 (743810), 2ª Turma Criminal do TJDF, Rel. Roberval Casemiro Belinati. unânime, DJe 17.12.2013).

Tendo em conta o significado da aludida expressão, consideramos que no exemplo ora debatido seria socialmente recomendável³⁹, em função dos fatores aci-

38 Cf., por exemplo, BITENCOURT, 2013, p. 113-114.

39 Também considerando socialmente recomendável a substituição em comento, checar o seguinte precedente do STJ, em que o paciente tinha 69 (sessenta e nove) anos de idade; sua pena privativa de liberdade era de 4 (quatro) anos de reclusão e havia três circunstâncias judiciais desfavoráveis, embora o crime praticado não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa: HC 220.270/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012. Veja-se, ainda, interessante julgado do STJ, no qual, de forma excepcional, admitiu-se o cumprimento de prisão civil por dívida, relativa à pensão alimentícia, por meio de prisão domiciliar, em razão do paciente ser

ma destacados (dentre os quais a própria ausência de estabelecimento prisional adequado), a substituição da pena privativa de liberdade de um ano de detenção, isto é de curta duração⁴⁰, por restritiva de direitos, em favor desse idoso de sessenta e cinco anos⁴¹, pois a reprovação e prevenção do crime cometido não estariam, de modo algum, prejudicadas com esta viabilidade excepcional e extraordinária, a despeito da regra proibitiva contida no inciso I do art. 44 do Código Penal.

Sem dúvida alguma, a presente conclusão, a par de reconhecer a nota especial da dignidade humana de um idoso, mesmo encontrando-se este na condição de autor de um crime (de pequena gravidade, no caso), está embasada em razão humanitária que deve ser ampliada em relação às pessoas idosas, consoante esclarece a doutrina, na seguinte passagem:

[...] o tratamento do idoso-agente funda-se em razões puramente humanitárias e de expectativa de vida, ou seja, é uma norma baseada em argumentos de misericórdia, para diminuir as chances de que idoso-agente passe o final de sua vida a receber reprimendas penais. É por isso, aliás, que o art. 5º, XLVIII, da Constituição prevê que o cumprimento da pena levará em conta a idade do apenado⁴².

Tem-se, nesse ponto, um elemento de equidade a legitimar a inserção da exceção ora proposta. Recorde-se que

[...] decidir segundo critérios de equidade não significa ferir o princípio da universalidade. Uma decisão *equitativa* (no sentido técnico dessa expressão) implica introduzir uma exceção numa regra geral para evitar um resultado injusto; mas o critério utilizado na decisão equitativa tem de valer também para qualquer outro caso com as mesmas características. A equidade, em resumo, dirige-se contra o caráter geral das regras, não contra o princípio da universalidade⁴³ (itálico no original).

Note-se que todos esses fundamentos até aqui apresentados acabam por satisfazer a condição procedimental acima referida, consistente no atendimento de um

idoso e portador de doenças graves: HC 57.915/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 14/08/2006, p. 276.

40 Sobre os inconvenientes do cumprimento, no cárcere, de penas de curta duração, cf. nosso livro: BELO, 2014, p. 77-78. De acordo com BARROSO, 2011, p. 402: “Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes”.

41 A própria dignidade humana de uma pessoa idosa tem um significado especial (art. 230 da Constituição Federal), conforme reconhecido pela Primeira Turma do STF, no seguinte julgado: HC 83358, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 04/05/2004, DJ 04-06-2004 PP-00047 EMENT VOL-02154-02 PP-00312 RTJ VOL-00191-01 PP-00234 RMP n. 22, 2005, p. 441-444. Na página 2 de seu voto, o eminente relator afirmou que: “[...] a dignidade de qualquer pessoa, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante”.

42 JÚNIOR, 2006, p. 18.

43 ATIENZA, 2014, p. 145.

elevado ônus argumentativo capaz de, excepcionalmente, superar ou derrotar a regra em comento, atendendo-se assim ao dever de fundamentação – e de controle intersubjetivo – de uma eventual decisão judicial que venha a acolher a presente tese.

Deixe-se consignado que o caso ora imaginado é apenas um exemplo de superação da regra penal em exame, não esgotando a possibilidade de algum outro caso vir a provocar idêntica superação, desde que, obviamente, atendidas todas as condições acima delineadas⁴⁴.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se concluir que a norma contida no art. 44, I, do Código Penal tem a natureza jurídica de uma autêntica regra legal, sendo que o legislador ordinário, de forma legítima, a estabeleceu com o objetivo primordial de resguardar, com mais segurança, a dignidade humana de uma vítima que venha a ser violentada ou gravemente ameaçada pelo autor de um crime qualquer, em cuja estrutura legal estejam presentes esses elementos. Assim, a conduta desse agente, por ser mais reprovável no plano abstrato, merece um tratamento legal penal mais rigoroso. Logo, a regra em foco não padece de nenhuma inconstitucionalidade em tese (art. 5º, XXXIX, da Constituição).

Não obstante, de acordo com os cânones e parâmetros da teoria da derrotabilidade das regras, tal norma pode ser, excepcionalmente, superada, sempre em relação a algum caso concreto, cujas peculiaridades acabem por exigir a sua não aplicação.

No presente caso, vislumbram-se dois tipos de superação dessa regra penal: a) legal sistemática, quanto às infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas no art. 61 da Lei n. 9.099/95 e que tenham como elementos do tipo a violência ou a grave ameaça à pessoa; b) doutrinária e jurisprudencial, relativamente aos demais crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa que, não sendo de menor potencial ofensivo, tenham uma pena privativa de liberdade aplicada em concreto que não excede os quatro anos de prisão.

Nesse último caso, rigorosas e extraordinárias condições devem ser atendidas pelo intérprete ou aplicador, sob pena de eventual decisão judicial – proferida nesse sentido – carecer da devida fundamentação, ao tempo em que estará desrespeitando os princípios constitucionais da democracia e da separação de poderes, passando a ser, em razão disso, nula de pleno Direito.

44 O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, tem outro precedente, a propósito do crime de roubo tentado, em que houve a superação dessa mesma regra penal, embora, a nosso juízo, referido Tribunal não tenha, nesse caso, observado as condições acima, especialmente a relacionada ao ônus argumentativo mais elevado em sua fundamentação – pelo menos não de forma explícita –, de modo que o acórdão assim proferido parece ser de constitucionalidade duvidosa. Cf.: Apelação criminal n. 70018817890, rel. Desembargador Nereu José Giacomolli, Sexta Câmara Criminal, DJ. 14.06.2007.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, pp. 55-82, jan./jun. 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BELO, Eliseu Antônio da Silva. Críticas ao caráter absoluto da imunidade parlamentar material brasileira. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XVII, n. 27, p. 9-30, jan./jun. 2014.
- _____. *O artigo 41 da Lei Maria da Penha frente ao princípio da proporcionalidade*. Goiânia: Verbo Jurídico, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas alternativas*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, p. 152-180, jul./dez. 2010.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 16. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da Rocha. Idoso-vítima e idoso-agente: legitimidade da distinção. *Boletim dos Procuradores da República*, ano VII, n. 69, p. 16-19, jan. 2006.
- MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de jurisprudência*, 1ª quinzena de dezembro de 1994, n. 23/94.

MONTEIRO, Felipe Mattos e CARDOSO, Gabriela Ribeiro. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: um debate oportuno. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 93-117, jan./abr. 2013.

TORRES, Dennis José Almanza. A derrotabilidade das normas jurídicas e sua presença nas decisões judiciais. In: SERBENA, Cesar Antonio (coord.). *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

Submissão: 16/07/2014

Aprovação: 09/10/2014

**ENSAIO PARA A CLASSIFICAÇÃO DO JUÍZO
MORAL DE UMA DECISÃO DO TRIBUNAL
DE ALÇADA CRIMINAL DE SÃO PAULO,
SEGUNDO LAWRENCE KOHLBERG**

ESSAY FOR THE CLASSIFICATION OF
THE MORAL JUDGMENT OF A COURT
OF CRIMINAL APPEALS OF SÃO PAULO,
ACCORDING TO LAWRENCE KOHLBERG

Luiz Fernando Rocha

lfrocha@mpsp.mp.br

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo; Mestre e Doutor em Psicologia (Faculdade de Ciências e Letras – FCL/UNESP/ Assis – São Paulo); Professor de Direito e de Psicologia Jurídica na Universidade Paulista – UNIP (Campus de Assis); Professor Assistente da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMP); Pesquisador do Núcleo de Estudos Violência Relações de Gênero – NEVIRG (Faculdade de Ciências e Letras – FCL/UNESP – Assis); Membro do Grupo de Pesquisa Epistemologia e Psicologia: processos e contextos de desenvolvimento humano (Faculdade de Ciências e Letras – FCL/UNESP – Assis); Linhas de Pesquisa em que atua: Políticas Públicas, Infância e Juventude, Valores e Questões de Gênero, Violência, Meio Ambiente.

RESUMO

O estudo do desenvolvimento moral, nos traz a ideia de uma universalidade de princípios morais (Kohlberg, 1963; 1964); de uma progressão em estágios ou, mais precisamente, fases (Piaget, 1932/1965; Kohlberg, 1964, 1976, 1985) e, ainda, que “as fases consideradas mais amadurecidas da moralidade extrapolam a mera internalização da moral da cultura – como pretendiam, por exemplo, Durkheim (1974 a,b), Freud (1914, 1915, 1919), os behavioristas, os antropólogos e outros” (Roazzi, Dias e Silva, 2000, p. 21-22). Nesta perspectiva, utilizando-se da classificação proposta por Lawrence Kohlberg, nas fases pré-convencional, convencional, pós-convencional, e seus respectivos níveis, no presente ensaio buscou-se analisar e classificar uma decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça. Princípios. Desenvolvimento moral. Julgamento moral.

ABSTRACT

The study of moral development, brings us the idea of a universality of moral principles (Kohlberg, 1963; 1964); of a progression in stages or, more precisely, phases (Piaget, 1932/1965; Kohlberg, 1964, 1976, 1985) and further, that “the phases considered more mature of morality transcend the mere internalization of the moral of the culture – as intended, for example, Durkheim (1974 a,b), Freud (1914, 1915, 1919) the behaviorists, the anthropologists and other” (Roazzi, Dias e Silva, 2000, p. 21-22). In this perspective, using the classification proposed by Lawrence Kohlberg, in the phases such as pre-conventional, conventional, post-conventional, and their respective levels, this article aims to analyze and classify a decision of the Court of Criminal Appeals of the State of São Paulo.

KEYWORDS

Justice. Principles. Moral development. Moral judgement.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Método e Caso. 1.1. Método. 1.2. Caso. 2. Os estágios de desenvolvimento moral propostos por Lawrence Kohlberg. 3. Discussão. Referências.

INTRODUÇÃO

A neutralidade é, aliás, falso conceito, atrás do qual se escondem Juizes tíbios. O Juiz não é neutro, porque a lei não é neutra, e a função do Juiz não está em ser neutro, mas em dar razão a quem a tenha, perante a prova e a lei (PELUSO, 2001).

O presente estudo tem por finalidade analisar e classificar uma decisão do então E. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, com ênfase para o juízo moral da mesma, segundo os estágios de desenvolvimento moral oferecidos pelo pesquisador Lawrence Kohlberg.

Não há a pretensão de classificar a decisão segundo valores preconcebidos de justiça, em justa ou injusta, ou de acordo com o entendimento de justiça, nem à luz dos princípios de filosóficos existentes sobre justiça.

Contudo, para o objetivo preconizado neste trabalho, faz-se necessário, *a priori*, a apresentação da ideia de justiça, pois, é tema magno para todos os estudos voltados para a moralidade humana, sejam filosóficos, sociais, jurídicos ou psicológicos, considerando-se “moral (do latim *mos, morus*, que também quer dizer “costume”) um conjunto de regras, normas e leis que determinam ou orientam os comportamentos dos indivíduos numa dada sociedade” (Silva, 2004, p. 22), ou conforme Piaget (1994, p. 23), “toda moral consiste num sistema de regras, e a essência de toda moralidade deve ser procurada no respeito que o indivíduo adquire por essas regras”.

O primeiro a investigar a moralidade sob a perspectiva cognitiva e de desenvolvimento foi Piaget (1994), o qual percebeu em seus estudos a existência de uma homogeneidade entre os aspectos cognitivos (pensamento, raciocínio e linguagem), afetivos, sociais e éticos (julgamento moral).

De grande importância para o tema os estudos realizados por Piaget (1994) sobre o juízo moral das crianças, pois, nos termos do preconizado por La Taille: “... ajuda-nos a prosseguir pensando a moralidade humana. Não basta que a Sociologia estude a guerra; é também preciso explicar o guerreiro” (PIAGET, 1994, p. 20).

Ainda, deve-se considerar que os níveis e estágios de julgamento moral, propostos por Kohlberg centram-se em uma orientação moral que prioriza a justiça como critério básico de julgamento.

A justiça é admitida como um equilíbrio correspondente ao equilíbrio estrutural em movimento descrito por Piaget a respeito da lógica. O sentido de justiça de uma pessoa é o que é mais marcadamente moral. Uma pessoa pode agir moralmente e questionar todas as normas, pode agir moralmente e questionar o bem maior, porém não pode agir moralmente e questionar a necessidade de justiça. (KOHBERG, 1992, p. 197)

A definição clássica de justiça remonta à cultura greco-romana, baseada nas concepções dos gregos Platão e Aristóteles, tendo o jurisconsulto Ulpiano assim formulado: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu)¹.

Portanto, a ideia de justiça de Aristóteles possui duas características formais: igualdade e proporcionalidade.

1 Instituições de Justiniano, Livro I, Tít. I, no 1, Tribunais do Brasil Editora Ltda., Curitiba, 1979.

Para Nader (2002), a ideia de justiça, nos termos do acima apresentado, inserida no *Corpus Juris Civilis*, além de retratar a justiça como virtude humana, apresenta a ideia nuclear desse valor.

Dar a cada um o que é seu. Esta colocação, que enganadamente alguns consideram ultrapassada em face da justiça social, é verdadeira e definitiva; válida para todas as épocas e lugares, por ser uma definição apenas de natureza formal, que não define o conteúdo do seu de cada pessoa. O que sofre variação, de acordo com a evolução cultural e sistemas políticos, **é o que deve ser atribuído a cada um**. O capitalismo e o socialismo, por exemplo, não estão de acordo quanto às medidas de repartição dos bens materiais (NADER, 2002, p. 101).

Posteriormente, os romanos, com seu espírito prático, não cogitaram os aspectos formais da justiça, detiveram-se em seus princípios, seu conteúdo.

É no Digesto que vamos encontrar a definição romana de justiça: *Justitia est constants et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu. 'Dar a cada um o que é seu', eis a regra fundamental da justiça dos romanos, completada com outra, *alterum non laedere* (não causar dano injusto a outrem ou 'a ninguém ofender'). Eis o preceito do direito justo romano que serviram de fonte e de manancial inesgotável para as legislações da Civilização Europeia. (GUSMÃO, 2002, p. 74)

A igualdade e a proporcionalidade sempre permearam o ideário de justiça e, com esses princípios, o Ocidente, através de sua história, estabeleceu a ideia de justiça, formulando, em função de situações histórico-sociais, o conceito de justo, que, variando com a modificação dessas situações, não se alterou em sua substância.

Em Nader (2002), a justiça "é uma das primeiras verdades que afloram ao espírito", não sendo, contudo, uma verdade inata, mas se manifesta já na infância, quando o ser humano passa a reconhecer o que é seu.

A semente do justo se acha presente na consciência dos homens. A alteridade é um dos caracteres da justiça, de vez que esta existe sempre em função de uma relação social, *Justitia est ad alterum* (a justiça é algo que se refere ao semelhante). Segundo Aristóteles, a justiça reúne quatro termos: duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta – os objetos distribuídos.² (NADER, 202, p. 102)

Neste sentido, Piaget (1994) enfatiza que nas crianças o sentimento de justiça não necessita, para se desenvolver, senão do respeito mútuo e da solidariedade entre as crianças. Piaget (1994) reconhece que a noção de igualdade ou de justiça distributiva tem origens individuais, contudo, estas não são suficientes para o seu desenvolvimento.

2 Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Os pensadores, Livro V, Abril Cultural, São Paulo, 1973, p. 325.

Chegaremos à conclusão de que o sentimento de justiça – embora podendo, naturalmente ser reforçado pelos preceitos e exemplos práticos do adulto – é, *em boa parte, independente destas influências e não requer, para se desenvolver, senão o respeito mútuo e a solidariedade entre as crianças. É quase sempre à custa e não por causa do adulto que se impõem à consciência infantil as noções do justo e do injusto. Contrariamente a essa regra, imposta primeiramente do exterior e por muito tempo não compreendida pela criança, como não mentir, a regra de justiça é uma espécie de condição imanente ou de lei de equilíbrio das relações sociais; assim, vê-la-emos destacar-se quase em total autonomia, na medida em que cresce a solidariedade entre as crianças.* (PIAGET, 1994, p. 156-157)

Ainda, o grande dilema é a concretização do justo. O que é justo? Muitas vezes, o justo não se apresenta no que está escrito na lei, nem no que foi contratado, nem no que dizem as pessoas (testemunhas, vítimas, acusados); pode não ser o que está assentado e estabelecido, não sendo o que parece, mas o que as diversas circunstâncias da vida formaram (Júnior, 2001).

E nunca se revela, ou só se revela aos que têm olhos para vê-lo, e coração para senti-lo. Às vezes, vamos ser francos, o justo verdadeiro, o justo verdadeiramente justo, o justo absoluto, não se revela a ninguém. Talvez, em um ou outro caso, permaneça escondido, em algum secreto recanto da alma de alguém (JÚNIOR, 2001, p. 360).

Ainda, segundo Júnior (2001) existem dois tipos de justo: o justo por convenção e o justo por natureza.

O justo por convenção é aquilo que é justo porque assim se convencionou, se estabeleceu por experiência de vida, após um processo de convivência e relacionamento. Trata-se da convenção básica, mínima necessária para a convivência harmônica em sociedade humana.

Já o justo por natureza é aquilo que é justo de acordo com a natureza das coisas.

Importante ressaltar que nem sempre o justo por convenção coincide com o justo por natureza, ou seja, nem sempre o que está estabelecido na lei, nas regras de convivência humanas codificadas é realmente justo, não sendo a lei sinônimo de justiça.

1. MÉTODO E CASO

1.1. Método

A abordagem a ser empregada no presente estudo será a qualitativa, utilizando-se como método a análise de conteúdo. O conteúdo a ser analisado consiste em documentos – denúncia, sentença do Juiz de Primeiro Grau, razões de recurso e acórdão.

Considera-se como documento qualquer registro escrito que possa ser usado como fonte de informação. Regulamentos, atas de reunião, livros de frequência, relatórios, arquivos, pareceres, tc., podem nos dizer muita coisa sobre os princípios e normas que regem o comportamento de um grupo e sobre as relações que se estabelecem entre os diferentes subgrupos. (ALVES-MAZZOTTI E GEWANSZNAJDER, 2002, p. 169)

1.2 Caso

O Ministério Público do Estado de São Paulo, através do Promotor de Justiça, denunciou um indivíduo por tentativa de furto simples (art. 155, *caput*, c.c. art. 14, inciso II, do mesmo Código Penal), por ter tentado subtrair para si uma caixa de 12 latas de cerveja, da marca *Brahma*, avaliada em R\$ 11,76, pertencente a um supermercado.

A denúncia do Promotor de Justiça foi rejeitada pelo Magistrado, em face do princípio da insignificância³, ressaltando o julgador que o autor era primário⁴ e sem antecedentes criminais.

O Promotor de Justiça recorreu da decisão, pleiteando sua reforma, aduzindo, em resumo, que a materialidade e a autoria do fato imputado ao indivíduo estavam devidamente comprovados, devendo serem aplicados os dispositivos legais, independentemente do valor econômico do objeto, pois, em caso contrário, haveria risco de instalar-se, na sociedade, uma perigosa certeza de impunidade, deixando que os objetos de pequeno valor sejam furtados sem qualquer consequência, tudo dentro da estrita legalidade.

Ainda, o Promotor de Justiça, no início de suas razões de recurso, de forma ilustrativa, utilizou-se de Rui Barbosa: “Não foi a lei que se esqueceu do povo: é o povo que se esquece da lei, vendo-a todos os dias, adulterada e invertida nas mãos dos seus executores, acabou por imaginá-la impotente, descuidada e madrasta”, enfatizando, assim, a necessidade de aplicação da lei ao caso.

A despeito das razões elencadas pelo Promotor de Justiça, o Tribunal de Alçada Criminal manteve a decisão do Magistrado de Primeiro Grau que rejeitou a denúncia, em síntese, nos seguintes termos (destacados apenas o trechos que interessam ao estudo):

Nos casos de insignificante lesão ao bem jurídico é mínimo o grau de censurabilidade, o fato não constitui crime. É que, nas ações humanas, o Direito Penal apenas intervém como providência “ultima ratio”.

Mesmo quando conpirem os elementos constitutivos do crime, sempre se reconheceu ao Juiz discricção para atalhar o curso da persecução penal, se

3 Princípio da insignificância – o valor do bem subtraído é ínfimo, de bagatela, não justificando a punição do autor da subtração, ao arrepio do disposto na Lei (Código Penal – art. 155 – subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel)

4 Primário – aquele que não possui condenação irrecorrível anterior, por crime ou contravenção penal.

esta lhe parecer, mais do que intolerável absurdo, violação grave do ideal e dos preceitos da Justiça.

Não decai de sua grandeza e confiança a Justiça, antes se recomenda ao louvor dos espíritos retos, se aferindo lesão patrimonial por caveira benigna, rejeita a denúncia por tentativa de furto de latas de cerveja.

Ao Juiz não esqueçam jamais aquelas severas palavras de Rui:

“Não estejais com os que agravam o rigor das leis, para se acreditar com o nome de austeros e ilibados. Porque não há nada menos nobre e aplausível que agenciar uma reputação malignamente obtida em prejuízo da verdadeira inteligência dos textos legais” (Oração aos Moços, 1ª ed. , p. 43).

Ao Juiz a Lei determina – e não apenas assegura – que, no aplicá-la, atenda “aos fins sociais” e “às exigências do bem comum”(art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil).

Casos haverá (sendo o dos autos desse número) em que ao Magistrado corre o dever de repelir, com retidão e sabedoria, a ingrata censura, na qual se detinham e compraziam já nossos maiores, por onde “Regimentos não se executam senão nos pobres; Leis e prisões não se guardam, senão contra os desamparados (Dio-go do Couto, Diálogo do Soldado Prático, 1790, p. 19.)

Em resumo, apesar de tentar furtar uma caixa de latas de cerveja, mesmo sendo preso em flagrante, o Tribunal de Alçada Criminal, mantendo a decisão do Juiz de Primeiro Grau, entendeu que ao autor não caberia nenhuma pena, nem mesmo o processo, aplicando-se ao caso não apenas o texto legal, mas outros princípios que norteiam a atividade do jurisdicional (atividade de julgar).

2. OS ESTÁGIOS DE DESENVOLVIMENTO MORAL PROPOSTOS POR LAWRENCE KOHLBERG.

O estudo do desenvolvimento moral, nos traz a ideia de uma universalidade de princípios morais (Kohlberg, 1963; 1964), de uma progressão em estágios ou, mais precisamente, fases (Piaget, 1932/1965; Kohlberg, 1964, 1976, 1985) e, ainda, que “as fases consideradas mais amadurecidas da moralidade extrapolam a mera internalização da moral da cultura – como pretendiam, por exemplo, Durkheim (1974 a,b), Freud (1914, 1915, 1919), os behavioristas, os antropólogos e outros”. (ROAZZI; DIAS; SILVA, 2000, p. 21-22)

O nível socioeconômico, e o meio cultural, não influenciariam para que os indivíduos passassem sucessivamente para uma série de fases. Contudo, os estudos existentes na literatura de pesquisa demonstram a importância das influências sociais, culturais, educacionais, e até mesmo históricas, no desenvolvimento moral. São exemplos: Panier Bagat, 1977, 1982,1985; Panier Bagati e Di Gemma, 1987; Panier Bagat e Manfredi, 1990 (*apud* ROAZZI; DIAS; SILVA, 2000, p. 22).

No entanto, refoge ao objeto deste estudo os questionamentos acerca da influência dos elementos socioculturais, históricos e educacionais, no desenvolvimento da moral, por mais apaixonantes e valiosos que sejam.

O trabalho desenvolvido pelo psicólogo Lawrence Kohlberg e sua equipe nos Estados Unidos, foi um dos que se seguiram à obra de Piaget, *O Juízo Moral da Criança*.

Piaget (1994) teve seu estudo centrado no desenvolvimento da criança. Suas pesquisas demonstram que o indivíduo atinge a maturidade moral (autonomia), geralmente, ao final da puberdade e início da adolescência, sendo que o desenvolvimento da consciência moral, até atingir a maturidade, possui três estágios: o do egocentrismo (4-7 anos); o da cooperação nascente (7-10 anos); e o da codificação das regras (mais de 10 anos). Importante anotar que as faixas etárias, segundo o próprio Piaget (1994) são relativas, não havendo a pretensão de serem absolutas.

Ainda, Piaget (1994, 2004) caracterizou o estágio anterior ao egocêntrico, ou seja, entre 02 e 04 anos, como sensório-motor, onde existem padrões ritualizados, porém, sem distinção do que é natural do que é imposto.

O ponto fulcral que perpassa a evolução dos estágios propostos por Piaget (1994, 2004) é a heteronomia e a autonomia. A heteronomia estaria caracterizada pelo respeito unilateral das regras; sendo que a autonomia pelos preceitos morais conscientemente aceitos, com possibilidade de mudanças das regras através do acordo entre os membros de determinado grupo.

Segundo Menin (1996, p. 54): “Nas décadas de 60, 70 e 80, Kohlberg desenvolveu toda uma teoria sobre o Raciocínio Moral em adolescentes e adultos, dando prosseguimento ao que Piaget já vinha descobrindo.”

Assim, Kohlberg prosseguiu nos estudos iniciados por Piaget, sobre o desenvolvimento moral.

Minha aplicação pessoa nesta investigação vem desde 1955, quando comecei minha tese de doutorado (Kohlberg, 1958). O objetivo desta investigação era aplicar na adolescência a investigação iniciado por Piaget (1932) sobre o desenvolvimento do juízo moral nas crianças.

Para estudar o desenvolvimento moral na adolescência, decidi utilizar o método e os pressupostos gerais de Piaget. Isto significava, primeiramente, em centrar-se no juízo moral, em uma definição de juízo moral em termos de justiça. Da mesma forma que Piaget, assumi que nas construções morais ativas das crianças, a diferença dos clichês morais passivamente aprendidos dos adultos se centrariam no sentido de justiça da criança. (KOHLBERG, 1992, p. 33).

Como é do conhecimento de muitos, Kohlberg formulou a teoria de que existem três níveis de julgamento moral: o pré-convencional, o convencional e o

pós-convencional, os quais são subdivididos em estágios, dois em cada nível. Através desses estágios as pessoas das mais diferentes culturas julgam o que é justo ou correto quando devem examinar dilemas que contrapõem ações contrárias à lei.

A primeira fase, ou nível, apresentada por Kohlberg (1992) é denominado pré-moral ou pré-convencional, uma vez que as crianças (por volta de 10 anos) decidem o que é certo fazer – roubar ou não – baseando-se somente em interesses próprios, individuais, tendo como fundamento que “o bem é aquilo que eu quero”, ou, simplesmente, para “evitar punição”.

Encontramos neste nível o estágio 1, que a decisão é norteada na orientação pela obediência e punição; e o estágio 2, em que o direcionamento da decisão é norteado pela orientação ingenuamente egoísta.

Para Biaggio (1997) o segundo estágio é o do *hedonismo instrumental relativista*, sendo que a ação moralmente correta seria aquela definida em “termos do prazer ou da satisfação das necessidades da pessoa.” Neste estágio, a igualdade e a reciprocidade emergem como “olho por olho, dente por dente”.

O segundo nível é o convencional, uma vez que a decisão sobre o certo ou errado fica a critério das convenções sociais ligadas a pessoas importantes, autoridades formalizadas ou instituições reconhecidas socialmente.

Nesse nível, há o estágio 3 em que as pessoas preocupam-se muito em fazer aquilo que esperam delas; em serem boas aos olhos dos outros, que consideram importantes para elas, considerado o do bom garoto, da aprovação social e das relações interpessoais. Trata-se da moralidade dos estereótipos, de conformismo.

Também há o estágio 4, o da “lei e da ordem”, pois para manter o determinado pela sociedade, a pessoa não concorda em transgredir nenhuma regra, lei ou norma social, devendo-se cumprir o dever. A justiça não é mais uma questão de relações entre indivíduos, mas entre o indivíduo e o sistema. Assim, a justiça não é uma questão de escolha pessoal ou moral, mas está relacionada com a ordem social estabelecida. (Biaggio, 1997).

O terceiro nível de julgamento moral, proposto por Kohlberg, é denominado pós-convencional, também presentes em dois estágios.

Em Biaggio (1997), a teoria de julgamento moral de Kohlberg é única pelo fato de postular uma sequência universal, da qual os estágios (5 e 6) constituem o que ele chamou de pensamento pós-convencional.”

Ao contrário da maior parte das explicações sociais e psicológicas, que consideram a internalização de valores da sociedade como ponto terminal do desenvolvimento moral (perspectivas de Durkheim, Freud e do behaviorismo), para Kohlberg a maturidade moral é atingida quando o indivíduo é capaz de entender que a justiça não é a mesma coisa que a lei; que algumas leis existentes podem ser moralmente erradas e devem, portanto, ser modificadas. (BIAGGIO, 1997, p. 48)

No estágio 5, do contrato social democrático, considera-se correto aquilo que foi contratado entre as pessoas, como um código comum, um acordo coletivo. Considera-se as necessidades individuais, mas não isoladamente, e sim à luz das regras, normas ou lei coletivamente constituídas. Os indivíduos não consideram as leis válidas pelo simples fato de serem leis, admitindo-se que as leis ou costumes morais podem ser injustos e devem ser mudados; devendo a mudança ser buscada através dos canais legais e dos contratos democráticos.

Ainda, as leis não são mais vistas como ordens fixas (estágio 4), mas como resultado de contratos que podem ser reexaminados.

O estágio 6 seria aquele que corresponde ao julgamento propriamente moral e autônomo. “Ao inspirar-se em Kant, Kohlberg afirma que este estágio é aquele inspirado em princípios éticos mais do que em contratos sociais. Basicamente, os princípios de justiça, igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana seriam os critérios para se julgar a “corretude” de uma ação”. (MENIN, 1996, p. 57)

Nota-se que o pensamento **pós-convencional** ao enfatizar a democracia e os princípios individuais de consciência, parece tornar-se essencial à formação da democracia.

Kohlberg aduz que o indivíduo é potencialmente capaz de transcender os valores da cultura em que ele foi socializado, ao invés de aceitá-los e incorporá-los passivamente, sendo que os estágios acima mencionados, de Julgamento moral, podem surgir em qualquer ser humano, pois são universais como aqueles relacionados às interações das pessoas com seu meio, segundo Menin (1996).

3. DISCUSSÃO

Conforme salientado no início, o objetivo do estudo é a classificação da decisão acima mencionada, e não dos atores (Desembargadores – magistrados) que a prolataram, de acordo com os níveis e estágios estabelecidos por Kohlberg (1992).

Registre-se, ainda, que o desenvolvimento da consciência moral nem sempre coincide com a prática moral (Piaget, 1994).

Está claro, pela decisão analisada, que a lei nem sempre é justa, e, ainda, na aplicação dela, pode e deve o aplicador (juiz) pautar-se por princípios e critérios, visando ao bem comum e os fins sociais, que nem sempre estão na lei.

O que deve ser levado em consideração na decisão é o nível moral em que ela se encontra, pois, a justiça aparece como princípio universalizante para justificar a não aplicação da lei ao caso concreto, pois mesmo estando reconhecido que o crime ocorreu e que aquele era seu autor, mesmo estando codificado, pactuado pela sociedade que subtrair e, ou, tentar subtrair algo de alguém, é considerado crime, por decisão do Tribunal, neste caso, deixou-se de aplicar a lei.

Então, prevaleceu na decisão a formação principiológica sobre o rigor da lei, a necessidade da justiça prevalecer sobre a lei, que como dito, nem sempre é justa.

O justo por convenção nem sempre coincide com o justo por natureza.

Na classificação de Kohlberg (1992), o segundo nível, o convencional, principalmente o estágio 4, poderia ser compreendido como aquele da aplicação do rigor da lei, visando manter a autoridade (da lei) e a ordem legal.

Estudos realizados em culturas diferentes, demonstram que as sociedades que encontram-se no nível convencional “são extremamente rígidas, moral e socialmente falando, que atribuem papéis fixos a seus membros, pouca mobilidade social, pouca diversidade cultural, rigidez de expectativas, leis cronificadas em códigos sacralizados com penalidades pesadas às transgressões” (MENIN, 1996. P. 58). Apresentam-se ainda como anacrônicas, não se podendo contestar nem criar o novo, onde a justificativa para as ações é sempre a garantia da “ordem”, o cumprimento da lei. (Roazzi, Dias e Silva, 2000)

Já o terceiro nível, o pós-convencional, especialmente no estágio 6, a conduta moral é moldada por princípios universalizantes, os quais estão acima da pura e simples aplicação a lei, sob o pretexto de manter a “ordem”.

Menin (1996, p. 58) afirma que “em sociedades mais móveis, onde as pessoas assumem diferentes papéis, onde convivem em contato com diferentes crenças, culturas, religiões etc... surgem, algo mais frequentes, os estágios pós-convencionais”.

O estágio 6, do nível pós-convencional, é claro ao demonstrar que trata-se daquele em que prevalece os princípios universais de consciência. Em Biaggio (1997) no estágio 6 “o indivíduo reconhece os princípios morais universais da consciência individual e age de acordo com eles”.

Não se trata, no caso em análise, de discutir-se a necessidade ou não de modificação de lei considerada injusta, mas se a aplicação da lei naquele caso concreto seria justa, o que o Tribunal considerou que não, deixando de aplicá-la, resistindo a ela, permanecendo fiel aos seus princípios, principalmente ao sentimento de justiça, ao invés de se conformar com o poder estabelecido e com a autoridade da lei.

Portanto, está evidente que a decisão analisada encontra-se no nível pós-convencional, em seu estágio 6. Contudo, não se quer dizer aqui, que os juízes (desembargadores) que participaram da decisão encontram-se naquele estágio e nível, pois os elementos existentes são insuficientes para legitimar tal afirmação, mas a decisão sim.

Assim, na perspectiva de Kohlberg (1992), e da análise aqui estabelecida, o ideal seria que todos os profissionais do direito, especialmente os Juízes e Promotores de Justiça estivessem no nível pós-convencional, ou seja, nos estágios 5 e 6, para que houvesse maior discernimento sobre as leis estabelecidas, no que tange à necessidade de reconhecimento das justas e das injustas, quando da aplicação aos casos concretos.

A discussão que se propõe ao final é estabelecer-se, nos termos da classificação de Kohlberg, se deve haver uma correspondência ou proporcionalidade

entre o desenvolvimento moral dos Juízes e Promotores de Justiça e o da sociedade em que eles estão inseridos, ou seja, se é possível que eles estejam, ou se comportem, no nível pós-convencional, enquanto a sociedade, em sua maioria, necessita que eles estejam, ou ajam, no nível convencional, especialmente no estágio 4, aquele da aplicação do rigor da lei, visando manter a autoridade (da lei) e a ordem legal.

Nesse viés, surge a ideia de Burton (*apud* Biaggio, 1994), na qual as condutas morais seriam resultado dos padrões normativos vigentes em uma sociedade. Assim, as condutas morais dos indivíduos refletiriam os valores morais presentes em uma sociedade. Porém, como salientado, a discussão que se propõe deve ser alvo de outro estudo, uma vez que refoge aos objetivos deste.

REFERÊNCIAS

- ALVES-MAZZOTTI, A.J.; GEWANDSZNAJDER F. *O Método nas Ciências Naturais e Sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. 2ed. São Paulo: Pioneira, 2002.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo, Os Pensadores: Abril Cultural, 1973.
- BIAGGIO, A. M. B. *Kohlberg e a Comunidade Justa: promovendo o senso ético e a cidadania na escola*. Psicologia: Reflexão e Crítica – vol. 10, n. 1. Porto Alegre, 1997, pp. 47-69.
- GUSMÃO, P. D. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- JÚNIOR, G. T. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- KEUNECKE, C. M., BARDAGI, M. P., BIAGGIO, A. M. B. *Desenvolvimento Moral em Estudantes de Ciências Jurídicas e Juízes de Direito*. Psicologia: reflexão e crítica, v. 7, nº 1, p. 15-28, 1994.
- KOHLBERG, L. *Psicologia del desarrollo moral*. Bilbao: Editorial Desclée Brouwer, S.A, 1992.
- ROAZZI, A.; DIAS, M. G. B. B; SILVA, A. R. *O juízo moral da criança com relação aos transgressores e às vítimas de injustiças: estudo em crianças de diferentes meios sócio-culturais*. Temas em Psicologia da SBP, 2000, vol. 8, nº. 1, p. 21-34.
- LA TAILLE, Y. *O Juízo Moral na Criança*. Prefácio à Edição Brasileira. São Paulo: Summus, 1994, p. 7-20.
- MENIN, M. S. S. *Desenvolvimento Moral: refletindo com pais e professores*. In: *Cinco Estudos de Educação Moral*. São Paulo. Casa do Psicólogo, 1996, p. 37-104
- MIRABETE, J. F. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 1999.
- NADER, P. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PELUSO, A. C. *Os direitos humanos da família: criança e adolescente. In: Direitos Humanos – visões contemporâneas.* São Paulo: Associação Juízes para a democracia, 2001, p. 67-90.

PIAGET, Jean. *O Juízo Moral na Criança.* São Paulo: Summus, 1994. 3ª edição.

_____. *Seis estudos de psicologia.* Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária Ltda., 24ª edição, 2004

SILVA, Nelson Pedro. **Ética, indisciplina & violência nas escolas.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

Submissão: 09/01/2014

Aprovação: 08/10/2014

DIÁLOGOS ENTRE SUBJETIVIDADES NA CONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

DIALOGUES BETWEEN SUBJECTIVITIES IN THE
CONSTRUCTION OF RESTORATIVE JUSTICE

Petronella Maria Boonen

nelly@cdhep.org.br

Doutora e mestra em sociologia da educação pela Universidade de São Paulo com tese sobre Justiça Restaurativa. Graduação em Ciências Sociais pela USP e especialização em mediação de conflitos pela PUC-SP. Cofundadora da linha de Perdão e Justiça Restaurativa do Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo – São Paulo. Professora de cursos e assessorias referentes a conflitos, justiça restaurativa no Brasil e no exterior.

RESUMO

Este artigo aponta para necessidade de uma aplicação da Justiça Restaurativa para possibilitar aos envolvidos em crimes atribuir significado aos acontecimentos, por meio de encontros que permitem a expressão verbal sobre os fatos, com base no papel próprio de cada envolvido. Ilustra essa necessidade as citações da filósofa política Hannah Arendt e exemplos práticos de casos em diversos países em ambientes prisionais, judiciais e outros.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça restaurativa. Diálogo. Subjetividade. Atribuição de significados. Hannah Arendt. Reconciliação.

ABSTRACT

This article points out the need for an application of Restorative Justice to enable those involved in crimes attribute meaning to these events through meetings that allow verbal expression of the facts, from out the proper role and view of each stakeholder. Illustrates this need through affirmations of the political philosopher Hannah Arendt and practical examples of cases in many countries in prison, court and others environments.

KEYWORDS

Restorative justice. Dialogue. Subjectivity. Attributing meanings. Hannah Arendt. Reconciliation.

SUMÁRIO

Considerações iniciais. 1. A Justiça Restaurativa – uma introdução. 2. A Justiça Convencional – apontamento crítico. 3. O Silêncio, poder e diálogo. 4. A compreensão para a elaboração da dor. 5. A compreensão do assombroso. 6. A restauração da subjetividade ferida. 7. O justo, construção coletiva e reflexiva. Considerações finais. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Faz muitos anos que estou trabalhando com práticas de Justiça Restaurativa e pesquisando sobre sua aplicabilidade. Recentemente fui convidada a pensar sobre as dimensões subjetiva e comunitária na construção da Justiça Restaurativa. Logo chamou minha atenção que esse enunciado fala de uma justiça em construção e que contém dimensões subjetivas, próprias e específicas de cada pessoa e da coletividade. Assim, nesse trabalho, minha proposta é mostrar que a interação entre essas duas dimensões, o subjetivo em diálogo com o coletivo, possibilita a construção do justo a partir de um novo padrão.

Neste breve artigo quero deter-me sobre alguns pontos que considero serem limitações da justiça convencional quando comparada à Justiça Restaurativa. Estou ciente de não estar fazendo distinções entre intervenções pré ou pós-sentença, assim como entre intervenções judiciais e/ou extrajudiciais. Como educadora e pesquisadora estou interessada nos muitos benefícios do processo de aplicação das práticas de Justiça Restaurativa em diversos cenários. Também dialogo com as muitas implicações institucionais importantes que poderiam favorecer a ampliação da aplicação da construção do justo pelo envolvimento dos principais personagens afetados quando, atualmente, os processos judiciais, em muitos casos, limitam estas possibilidades em muitos aspectos.

1. A JUSTIÇA RESTAURATIVA – UMA INTRODUÇÃO

O ponto de partida da Justiça Restaurativa é o momento em que os protagonistas tomam ou retomam seu caso, seu conflito ou seu processo, em suas mãos. É diferente da justiça convencional em que se entrega o acontecido para um terceiro, uma instituição do Estado, que faz o inquérito, oferece a denúncia, conduz o processo e pronuncia um julgamento. No caminho convencional, um advogado é constituído para articular peças e pronunciamentos em favor de e no lugar da pessoa envolvida, com vistas, exclusivamente, aos interesses dela.

A Justiça Restaurativa ainda se diferencia da justiça convencional por não pretender ser universal. Por servir para todos com pressupostos iguais, a justiça convencional somente pode tratar os casos de forma abstrata, exigindo necessariamente a abstração das particularidades dos envolvidos. A justiça convencional deve responder às expectativas dos códigos criminais e civis preconcebidos, mais ou menos uniformes. Na ótica da Justiça Restaurativa, a construção do justo sempre serve apenas para o microcosmo dos envolvidos naquela situação específica e, por isso, só pode ser empreendida pelos envolvidos. Tal ponto é o que a torna diferente da justiça convencional.

2. A JUSTIÇA CONVENCIONAL – APONTAMENTO CRÍTICO

A justiça convencional se faz pelo “veredicto”, o que, ao pé da letra, significa “verdadeiramente dito”. O veredicto é a decisão de um terceiro, externo, de relação supostamente neutra às partes em conflito ou em disputa judicial. As pessoas em conflito são convidadas a se submeterem ao dito por este terceiro. Esse procedimento pode ser apropriado para pessoas que se submetem facilmente a comandos externos, pessoas obedientes, pacificadas com a situação de serem sujeitas à vontade alheia. Mas, de um ponto de vista crítico, esse procedimento desafia a conquista da modernidade e do ser sujeito. Mesmo que esse sujeito tenha ofendido uma lei ou uma regra de conduta, tal procedimento judicial não permite um espaço de expres-

são e de diálogo e, portanto, dificulta em muito a possibilidade de uma atribuição de sentido, tanto àquilo que se passou e é o objeto do processo, quanto por aquilo que se passa ao longo do procedimento no tribunal. A articulação da fala dos principais envolvidos é apenas permitida na forma de responder ao interrogatório, com explícita autorização. Igualmente, tais sujeitos têm que aceitar serem interrompidos ou desautorizados, quando as autoridades daquele cenário o entendem como sendo conveniente. Esse panorama de distribuição desigual da fala é reforçado através da desigualdade simbólica da disposição física em muitas salas de Tribunais quando se considera que o juiz e o Ministério Público ficam em uma espécie de tablado, ou seja, sentados em um lugar mais alto que a defesa (DIZER O DIREITO, 2013).

Somente esta breve descrição de cenário não deixa dúvidas de que o tribunal de justiça é um espaço construído sobre relações desiguais, de imposições e de submissões para poder operar o direito e pronunciar a verdade e a justiça.

Durante o processo penal, a vida do réu esta a mercê da sociedade, invertendo-se os papéis dominantes, passando o infrator da condição de dominante, anteriormente exercida durante o delito, para o caráter de dominado pelo sistema judicial. E é nesse momento que a sociedade deve responder com os valores que ela representa. (BIANCHINI, 2012, P. 79)

Com base nesse entendimento da Justiça Restaurativa e de seus valores, a construção do justo pede o rompimento do silêncio e do seu sujeitamento, suscita uma polifonia de vozes, sem a preponderância de uma sobre as outras para reconstruir os valores pertencentes à república e reafirmar seus valores. A Justiça Restaurativa se opõe à justiça retributiva por estar centrada não na punição, mas na reparação do dano causado e na restauração de laços, quando possível. Afirma e reforça valores como respeito, reconhecimento e responsabilidade.

3. O SILÊNCIO, PODER E DIÁLOGO

Se olharmos para este cenário com os conceitos da filosofia política de Hannah Arendt, podemos dizer que aqui existe um espaço de violência, pois a violência é muda e emudece. Ter que pedir a permissão para falar durante o processo judicial que trata da situação do sujeito, seja ele acusador ou acusado, com a possibilidade de lhe ser negada a fala, deve ser considerado uma violência.

...a violência, distinguindo-se do poder, é muda; a violência tem início onde termina a fala. (ARENDR, 1993, p. 41)

Seguindo o raciocínio dessa autora, uma vez que a violência é muda e o oposto da violência é o poder (ARENDR, 1994, p. 44), caminhamos para a questão do empoderamento pelo exercício da palavra. O poder se gera coletivamente sendo o empoderamento um processo coletivo e não uma concessão acordada por uma posição superior. Poder expressar o que aconteceu, poder falar dos fatos e dos atos, dos sentimentos e dos pensamentos, poder acessar as necessidades que levaram a

este tipo de comportamento é extremamente importante no procedimento da Justiça Restaurativa e é o oposto daquilo que acontece nos tribunais, quando o poder da fala está concentrada em uma parte que não está diretamente envolvida no conflito, sendo, no máximo, representantes dos envolvidos e os demais ficam em silêncio, sujeitos aos pronunciamentos das autoridades do Estado, e à sua violência também. Já os processos restaurativos,

(...) se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais. (...) Os participantes se sentam nas cadeiras dispostas em roda, sem mesa no centro. (...) O formato espacial de círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão, inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos. (PRANIS, 2010, p. 25)

4. A COMPREENSÃO PARA A ELABORAÇÃO DA DOR

Conforme o ensinamento da Fundación para la Reconciliación (2011), a qual trabalha há uma década com vítimas da violência na Colômbia, a experiência da violência sofrida pode afetar a vítima em três dimensões: pode haver dano na auto segurança, pode haver um encolhimento das relações sociais e pode haver uma perda na atribuição de um ou diversos significados importantes para sua vida. E pode acontecer que a mesma vítima seja afetada em duas e três dessas dimensões. Desse modo, a elaboração de uma violência, maior ou menor, não importa, exige a atribuição de sentidos e requer a apreensão do fato do passado e sua compreensão.

Compreender não significa negar nos fatos o chocante, eliminar deles o inaudito, ou ao explicar fenômenos, utilizar-se de analogia e generalidades que diminuam o impacto da realidade e o choque da experiência. Significa, antes de mais nada, examinar e suportar conscientemente o fardo que o nosso século colou sobre nós – sem negar sua existência, nem vergar humildemente ao seu peso. Compreender significa, em suma, encarar a realidade sem preconceitos e com atenção, e resistir a ela, – qualquer que seja. (ARENDRT, 2012, p.12)

Compreender, portanto, é uma tarefa que pede coragem. É importante ater-se à diferença entre entender, saber o que ocorreu – o que pode ser acessado com a pergunta – o que aconteceu? – e a apreensão mais profundo do sentido daquilo que seria a compreensão. Através do exercício do diálogo é possível encarar a realidade e examiná-la, sem preconceitos e com atenção, e chegar a sua compreensão, pois, sem esta compreensão, não é possível atribuir sentidos.

Atribuir sentido faz parte do ser humano, sendo uma de suas necessidades, e a perda dessa possibilidade significa perder uma parte de nossa humanidade. Para Arendt, compreender é uma atividade interminável que serve para apreender a realidade, para se reconciliar com ela. A compreensão ajuda a sentir-se em casa nes-

se mundo. A tentativa de compreender a violência, o totalitarismo, não quer dizer perdoar algo, mas reconciliar-se com um mundo no qual as coisas são possíveis. O resultado da compreensão é o sentido, que produzimos no processo da vida real, na medida em que tentamos nos reconciliar com aquilo que fazemos e aquilo que outros fizeram conosco. E mais, a atribuição de sentido favorece o sentir-se em casa neste mundo. (ARENDDT, 1993, p. 40).

Essa afirmação nos faz intuir como a compreensão é importante para a aceitação da realidade e, por sua vez, para a construção da justiça e da paz social. E, embora a justiça restaurativa muitas vezes seja considerada a justiça para a vítimas, a compreensão a partir do diálogo entre vítima e ofensor também alarga, em muitos casos, a compreensão do ofensor sobre seu feito, o que é importante no favorecimento da possibilidade de responsabilizar-se, como veremos mais à frente.

5. A COMPREENSÃO DO ASSOMBROSO

Seguem exemplos de casos reais, alguns com procedimentos restaurativos, que mostram como pode ocorrer a atribuição de sentidos, através do exercício do diálogo.

A possibilidade de um encontro entre vítima e ofensor nos moldes da Justiça Restaurativa, garantida por uma lei federal desde 2005, está sendo divulgada em todos os presídios da Bélgica¹, independente da gravidade do crime em questão, para casos civis e criminais. Estes encontros podem ser solicitados, tanto pela vítima, quanto pelo ofensor e os funcionários das instituições são orientados a colaborar com os facilitadores quando estes precisam de informações processuais.

Em um desses casos, a mãe de um jovem assassinado e jogado no rio pediu um encontro com a pessoa que assassinou seu filho. Esse estava preso e condenado com uma sentença longa. A mãe queria encontrá-lo para que ele lhe explicasse, entre outras coisas, exatamente o lugar onde o filho havia sido jogado no rio. Essa pergunta sobre o lugar exato não é uma pergunta de interesse no âmbito da instituição jurídica. A verdade dos fatos já fora estabelecida, o corpo já havia sido encontrado. No tribunal não havia espaço para esse tipo de indagação, aliás, ela não faz sentido no jogo estabelecido com regras universais. Mas a necessidade dessa mãe não parava de clamar, pois ela queria honrar o morto, depositando flores no exato lugar da violência e da morte. Portanto, esse detalhe fazia toda a diferença para essa mãe e, possivelmente, somente para ela. Saber o exato lugar, depositar flores, honrar a memória do filho, são elementos fundamentais para essa mãe apreender a realidade, atribuir sentido e tentar reconciliar-se com esse mundo, no qual ela foi atingida brutalmente por essa experiência traumática.

1 Os relatos de casos da Bélgica foram extraídas da conferência proferida por Kristel BUNTINX, no XIV Fórum de Justiça Restaurativa em Münster em maio de 2012 com o título: Täter-Opfer-Ausgleich bei Tötungsdelikten. 2012 In: <<http://vimeo.com/57272522>>, Acesso 20 de junho 2013.

No Brasil², outra mãe chora a morte de seu filho, assassinado com arma de fogo, em frente a sua casa. Pouco a pouco lhe foram chegando informações de que seu filho havia sido morto por engano, por ser muito parecido com o rapaz procurado. Contudo, a mãe não se contentava com uma informação vaga. Por causa do acompanhamento pelo Centro de Referência e Apoio à Víctima (Cravi), serviço oferecido pela Secretaria de Justiça do Estado de São, Senhora Aparecida teve acesso às informações do inquérito e do processo judicial. Ficou sabendo que dois jovens estavam presos na delegacia de polícia. Ela não teve dúvida, foi até a Delegacia e implorou ao delegado para conversar com os dois detidos. De tanto insistir, o delegado permitiu uma breve conversa da mãe com os jovens presos. Anos após esse encontro, ela contou sua história, informando que ela não tinha interesse em saber se os que mataram seu filho ficariam 5 ou 15 anos na prisão. Naquele encontro, ela teria dito aos jovens que se eles contassem por que mataram seu filho, ela seria capaz de até tirá-los daquele lugar. Mas qual foi então o motivador desse encontro por parte da mãe? Ela queria uma resposta à pergunta: será que meu filho estava metido em coisas que não devia? Será que não acompanhei meu filho direito? Será que não fui uma boa mãe? Realmente os dois confirmaram que a morte do filho dela foi por engano. Os dois rapazes choraram junto com ela e um deles disse-lhe: “dona, dona, se eu pudesse daria minha vida para lhe devolver a vida de seu filho”. Essa mãe, de certa forma, conseguiu reconciliar-se com a perda do filho, quando conseguiu a resposta para a pergunta que não calava: será que meu filho estava envolvido no mundo do crime e eu não sabia? Não, ele não morreu por estar envolvido em negócios criminosos dos quais ela não tinha conhecimento. Sua morte foi um engano e enganos acontecem, por mais trágico que seja a realidade. Nada poderá curar o sentimento provocado por essa morte, mas calar a pergunta tão aflitiva é um grande conforto que somente foi possível devido ao encontro da vítima com os que cometeram o crime.

Em outro caso na Bélgica, um jovem assaltante matou um jovem motorista porque precisava do carro. Para a instituição justiça, é mais um jovem morto em assalto. Para o jovem agressor, o jovem que estava dirigindo não importava. Naquela sexta-feira à noite, o que importava era o carro, para um grupo de outros jovens poder fazer uma farra. Para a mãe da vítima, o jovem era seu filho, do qual ela cuidou, pelo qual ela se preocupou, o qual amou. A mãe pediu para fazer o encontro com o ofensor querendo fazer-lhe entender o que significava o filho para ela, o que significava sua ausência de morte violenta. *“Eu quero mostrar-lhe fotos, para você saber o que você tirou de mim. Você nunca ouviu isso, mas eu quero que você saiba como meu filho cresceu, como eu o amava.”*

2 Relato oral de Sra. Aparecida B, participante de uma formação no Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo.

6. A RESTAURAÇÃO DA SUBJETIVIDADE FERIDA

Nos casos como os relatados acima, em que a restauração do dano é impossível, as vítimas buscam e reivindicam um encontro com o agressor por razões muitas vezes insignificantes para o sistema judicial. Entretanto, eles atestam a importância fundamental de encontros para as vítimas e, em muitos casos, também para o agressor. Eles ilustram como o processo comunicativo, face a face ou de forma indireta, pode-se dar em circunstâncias diversas, mas sempre com adesão voluntária dos participantes e com um aparato judicial e/ou prisional que ofereça as possibilidades e as garantias necessárias.

Kristel Buntinx (2012), com onze anos de experiência como mediadora e facilitadora de diálogo entre vítimas e ofensores no sistema prisional, afirma que não se pode forçar ninguém a participar dos procedimentos restaurativos que só podem acontecer com consentimento mútuo. Mas, quanto maior o crime, maior o impacto da dor, maior a necessidade de propiciar a possibilidade de uma conversa entre vítima e ofensor.

Tais experiências contrariam frontalmente a percepção do senso comum, fortemente influenciado pela mídia, de que seria impossível conceder um encontro entre vítima e ofensor quando se trata de crimes graves. Ao mesmo tempo, confirma os dados de uma pesquisa comparativa de Strang e Sherman (2003), envolvendo vítimas da Inglaterra, da Austrália e dos Estados Unidos em que são identificadas as cinco necessidades mais importantes das vítimas de processos criminais. Uma delas é que a vítima quer informação em relação ao andamento do processo e a falta dela é uma fonte de ampla frustração. A vítima ainda deseja participar do processo judicial que trata de uma questão na qual ela é a maior interessada e a participação parece auxiliá-la tanto em sua recuperação emocional, quanto na redução do sentimento de alienação, resultante da percepção de não ter qualquer controle sobre os procedimentos. Participar do processo permite ter acesso a informações, inclusive sobre seu agressor e as circunstâncias do crime, o que costuma amenizar a vontade punitiva. Quanto mais as pessoas sabem das circunstâncias e da complexidade da vida do ofensor, menos punitivas tendem a ser. Além disso, são identificadas como necessidades, a reparação material além da percepção de justiça³ e respeito, fundamentais para a satisfação da vítima.

Contudo, a necessidade da vítima que nos interessa particularmente, trata da importância da restauração emocional e/ou pedido de desculpas, pois, além do dano material, normalmente a vítima sofre danos nas dimensões emocionais e psicológicas que são sistematicamente ignoradas pelo sistema de Justiça. Strang e Sherman sugerem que o dano emocional somente pode ser superado por meio de um ato de reparação emocional, muito mais efetivo para a restauração da vítima do que a reparação material ou financeira. Para haver um pedido de desculpas, tem

3 O original fala em *fairness*.

que acontecer alguma interação entre vítima e agressor, apoiada no entendimento de que nem tudo é reduzível a uma quantia de dinheiro ou tempo de privação de liberdade que costumam ser as respostas convencionais aos crimes. (STRANG; SHERMAN, 2003)

Privar a vítima de uma possibilidade por ela desejada pode ser considerado como uma revitimização, já que o resultado desses encontros pode propiciar às vítimas uma vida melhor: dormem melhor, acordam com mais disposição, reduzem o uso de substâncias psicotrópicas, demandam menos acompanhamento terapêutico ou simplesmente humano, trabalham melhor, sentem-se mais livres e menos amedrontadas. (BUNTINX, 2012). Esse resultado indica que a reparação de parte do dano moral, simbólico, psíquico e subjetivo, em muitos casos, pode acontecer somente depois de um encontro com participação ativa e com a comunicação, seja ela direta ou indireta, entre os próprios envolvidos em crimes.

Do lado do agressor, a experiência do Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo⁴ de trabalhar com grupos de homens em diversos centros de detenção ou presídios do Estado de São Paulo mostra que a maioria deles diz não haver pensado ou não costuma pensar em suas vítimas. Ao mesmo tempo em que cometeram um crime e estão presos, condenados ou não⁵, sentem-se vítimas dessa situação que lhes rouba tempo, liberdade e relações importantes em suas vidas. Esses presos estão amarrados a sua sensação de vítima que não libera energia psíquica para pensar em outra coisa. Com um trabalho regular, ao longo de 10 semanas de intervenção, com caráter vivencial e educacional lhes é possibilitado o acesso a sua raiva mais profunda na tentativa de tomar consciência e elaborá-la. Ao longo do processo, pouco a pouco, pode surgir neles a capacidade de empatia: pensar-se no lugar do outro e imaginar suas emoções. Gradualmente, são convidados a aproximar-se da situação de suas vítimas, o que muitos são capazes de fazer. No final do processo educacional, diversos expressam o desejo de ter um encontro com suas vítimas o que atesta sua capacidade de abrir mão do lugar da vítima, pelo menos por um tempo ou em alguns momentos e colocar-se no lugar de suas vítimas. Nesse momento, o que fazer com esta demanda sincera que esbarra às regras e limitações do sistema judicial e prisional que não permite este tipo de aproximação?

Essa experiência atesta que, quando bem preparados, com garantia de um ambiente seguro onde não haverá ameaças, onde se pode falar livremente daquilo que aconteceu, sem a presença de um olhar acusador e de um ouvido registrador, também o agressor pode expressar sua raiva, sua dor e angústia assim como seus desejos e suas necessidades. Pode expressar seu sentimento de remorso sem medo de ser considerado fraco e vulnerável. Mas para isso acontecer, deve haver algumas

4 www.cdhep.org.br

5 Hoje, 35% da população carcerária brasileira é constituída por presos provisórios, o que corresponde a 191 mil pessoas. Disponível: <http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/conectas-denuncia-na-onu-situacao-de-presos-provisorios-do-brasil>. Acesso em 13 de novembro 2014.

garantias que as instituições judiciais e prisionais, tal como elas se apresentam, não são capazes de oferecer.

Na Bélgica, entre 2008 e fevereiro de 2012, houve 1867 demandas por mediação prisional, sendo 1657 por iniciativa dos ofensores (88%) o que resultou em 1097 processos de mediação e 278 encontros face a face. A discrepância entre os pedidos de agressores e de vítimas pode ser explicada pela ampla divulgação que a mediação restaurativa tem em todos os presídios da Bélgica (BUNTINX, 2012).

7. O JUSTO, CONSTRUÇÃO COLETIVA E REFLEXIVA

Tradicionalmente, a justiça, o ato de julgar está ligado a um lugar determinado: o tribunal, onde as partes delegam para terceiros suas considerações sobre os fatos e a palavra final de julgamento. A abordagem da Justiça Restaurativa problematiza esse lugar e propõe um diálogo entre as pessoas envolvidas que, mais do que partes, viram protagonistas de seus processos. Aqui, não entro no mérito do conteúdo da punição. Limito-me a estabelecer uma reflexão sobre os impactos que o/os encontro/s restaurativos entre os afetados por um crime causam, considerando que tanto vítima quanto agressor são afetados.

Para que o agressor quer se encontrar com sua vítima? Também o agressor, condenado ou não, precisa compreender e atribuir significados ao que fez e ao que está sofrendo. Também ele tem que se reconciliar com o mundo e com sua condição. Para a reconciliação acontecer, existe uma necessidade de o ofensor comunicar-se com a vítima. Nos casos em que as vítimas na Bélgica tomaram a iniciativa desse encontro, a maior parte dos agressores aceitou o convite de se encontrar com suas vítimas ou seus familiares. Parece haver nos ofensores algo como uma obrigação moral para com os familiares de sua vítima. Às vezes, esse convite é aceito somente após um tempo de reflexão, de diálogo com o facilitador, pois, é preciso coragem para aceitar que efetivamente infligiu uma dor profunda a alguém, que agora pede para ser encarada, reconhecida, assumida com responsabilidade e, até onde for possível, restaurada. A atribuição de sentido faz parte do ser humano e, portanto, faz parte da restauração desse ser humano e, conseqüentemente, a perda ou a impossibilidade significa perder uma parte de sua humanidade.

Também os pensadores clássicos da Justiça Restaurativa chamam a atenção para o fato de que um elemento fundamental da justiça está relacionado com a criação de sentido.

A justiça é feita quando o sentido do crime é construído a partir das perspectivas e experiências daqueles que foram mais afetados por ele: a vítima, o infrator e talvez os membros da comunidade. Esse sentido não pode ser imposto por especialistas ou representantes externos, é necessário que a voz das vítimas, bem como a dos infratores, seja ouvida diretamente. Requer-se, para isso, uma reorganização completa de papéis e valores. Os profissionais do campo da justiça e os membros da comunidade passam a assumir a função de facilitadores,

ao passo que as vítimas e infratores passam a ser os atores principais. (ZEHR; TOWES, 2006, p. 419)

Então, o que acontece nesse encontro de subjetividades com experiências e expectativas diversas, contudo conectadas por um crime que mobiliza possivelmente sentimentos diversos e profundos?

O encontro restaurativo entre vítima e ofensor bem preparado, que explore adequadamente a comunicação, traz o melhor das pessoas para fora de si mesmas. (BUNTINX, 2012 e PRANIS, 2010). Ao mesmo tempo, o melhor encontro é aquele em que cada um entra para fazer o melhor parara si mesmo. Não se pode estar pensando principalmente na satisfação do outro, pois em algum outro momento, as próprias necessidades reclamam sua legitimidade. A arte é fazer as pessoas se conectarem honestamente com os próprios interesses. O sentido mais amplo vai se configurando na medida em que se relata a história de cada um, na medida em que cada um se relacione com sua história, pense e repense. Na mesma medida, cada um vai se pensando e se repensando assim como, vai pensando o relato do outro. O sentido que vai aparecendo tem certa fugacidade, pois, cada nova informação é um convite a repensar a história e dar novos significados. Normalmente, os encontros são carregados de emoções e somente após certo período é possível fazer a síntese e avaliar seu alcance. Ao mesmo tempo, também é verdade que um fato se torna significativo, apenas no momento em que nos relacionamos com ele, além de ser expectável que cada encontro pode abrir e mobilizar o absolutamente inesperado.

Em um processos de mediação indireta, um agressor pediu para visitar o túmulo da pessoa que ele havia matado. A instituição prisional possibilitou ao agressor a visita ao túmulo. A viúva concordou com o pedido, no dia anterior à data prevista, arrumou o túmulo, colocou flores. Ficou tão afetada pelo pedido e gesto do agressor que queria ter um encontro face a face com ele. Mas, o medo de que seus familiares pudessem não entender esse encontro ou a necessidade de ter que se justificar excessivamente, a fizeram desistir. Entretanto, pediu para a facilitadora avisar ao agressor, que sua visita ao túmulo foi importante para ela, pois lhe dava a sensação de que ainda havia um ser humano, com sentimentos humanos atrás do homem que matou seu marido. (BUNTINX, 2012)

A atribuição de sentido não é da ordem da razão e nem da verdade. Atribuir sentido é tarefa de cada um, de certa forma uma tarefa solitária, para poder se reconciliar com o mundo, com aquilo que o mundo nos fez e o que nós fizemos nesse mundo. Atribuir sentido é um convite para pensar, pois, somente por meio do pensar, do diálogo consigo mesmo e do diálogo com o outro, é que se busca a compreensão e o sentido.

Convém fazer uma distinção entre duas atividades espirituais completamente diferentes: a do pensar e do conhecer. O interesse do conhecer é o campo da cognição, do resultado, da informação precisa, da verdade objetiva, da investigação e do inquérito policial. O interesse do pensar é atribuir um significado àquilo que nos ocorre, sem necessariamente ter como resultado a produção de algo concreto e

sólido. Não é possível, nem razoável, comprovar a veracidade do sentido e significado, pois é uma atribuição individual a partir da experiência única de cada sujeito. (ARENDT, 1995)

O conhecimento, por sua vez, deve ser verdadeiro, ou seja, sua validade depende da possibilidade de verificá-lo: ou ele é evidente por si mesmo, ou pode ser comprovado. De qualquer forma, não podemos discordar nem duvidar de sua validade, a não ser que possamos demonstrar ou evidenciar seu contrário. Já o pensar não produz resultados definitivos que, uma vez consolidados, possuam uma validade por si só, independentemente da atividade do pensar. Os “resultados” do pensar só continuarão válidos na medida em que forem repensados. Se o critério da veracidade é, portanto, essencial para o conhecer, o pensar a ele não se submete. Para Arendt, o ponto crucial é “[...] a necessidade da razão não é inspirada pela busca da verdade, mas pela busca do significado. E verdade e significado não são a mesma coisa” (ARENDT, 1993b, p. 14).

Um fato se torna significativo no momento em que os envolvidos começam a pensar sobre e se relacionar com ele. À medida que vítima, ofensor e outras pessoas, podem expressar-se sobre o mesmo fato, ele vai se tornando significativo e vai adquirindo outro sentido. Aos poucos, ele vai se transformando de mero fato em uma história humanamente acessível e compreensível. O sentido somente pode ser atribuído a partir da interação que depende da reflexão que vai criando contornos e conteúdos, dependendo dos sujeitos reunidos. Mudam os sujeitos, muda o sentido, apesar de o fato permanecer o mesmo. A cada nova configuração nasce uma nova reflexão e uma nova atribuição de sentido.

Existe a possibilidade de os envolvidos em crimes ou conflitos realizarem um encontro fora da esfera judicial. No caso da Alemanha, esses encontros podem ser apresentados ao Ministério Público que, se avaliar que houve um processo restaurativo satisfatório, pode arquivar o processo. Decisivo é que houve, entre vítima e ofensor, um processo de comunicação que permitiu a elaboração dos acontecimentos e de suas consequências na perspectiva restaurativa, considerando os respectivos papéis de cada um. Indiscutível ainda é a elaboração de um acordo que contemple uma restauração satisfatória. Sublinha-se, que de forma alguma, o Ministério Público aceitaria simplesmente o repasse de uma quantia de dinheiro para a vítima se satisfazer, sem o devido processo comunicativo (RÖSSNER, s/d).

Na maior parte dos casos de procedimentos de justiça restaurativa, existe a ajuda da figura do facilitador cuja tarefa central é fazer perguntas. Normalmente, ele é de alguma organização do terceiro setor, credenciado pelo poder público. Em alguns países, embora sejam raros os casos, o encontro pode acontecer em sala do próprio tribunal, em frente a representantes do Ministério Público ou do juiz. Nesses encontros, os envolvidos são consultados e se aceitarem a possibilidade de um processo restaurativo, ele já é instaurado diante do representante do Estado. Isso, não obstante exceção, somente é possível com representantes do Estado abertos e treinados em práticas de justiça restaurativa.

Decisivo para esse tipo de procedimento, segundo Rössner (s/d), é o reconhecimento da autonomia entre os envolvidos, devolvendo-lhes a oportunidade de eles próprios serem os sujeitos a administrarem seus conflitos, ainda que no tribunal. A condição é um processo comunicativo entre vítima e ofensor, face a face ou através de uma intervenção do facilitador. De qualquer forma, esse processo de comunicação, com ou sem facilitador, exige certo grau de habilidades emocionais e de comunicação. O objetivo é favorecer uma sociedade com cidadãos capazes de conviver com seus conflitos, e não prejudicial para nenhum dos envolvidos, assim como diminuir as intervenções das esferas do direito, e civil ou criminal, visando uma paz social justa e duradoura.

Anteriormente, retratei como, durante os procedimentos restaurativos, a competência reflexiva permite a atribuição de sentido a um acontecimento assim como possibilita a autocompreensão. A competência reflexiva pode ajudar na relativização de seu próprio entendimento, opondo-se, portanto, à absolutização da própria percepção e dos próprios interesses. Isso propicia uma aproximação à complexidade dos significados dos atos humanos, dos próprios e dos outros. Ademais, o pensar possibilita a emissão de um julgamento próprio que é uma atribuição do sujeito capaz e responsável. E ainda, possibilita a cada ser humano adulto assumir conscientemente seu lugar singular no mundo. O contrário, não refletir e não julgar nenhuma situação é um impedimento para posicionar-se na coletividade e, sem posicionamentos, estamos mortos para a vida do mundo.

Se a capacidade de distinguir o certo do errado tiver alguma coisa a ver com a capacidade de pensar, então devemos ser capazes de “exigir” o seu exercício de toda pessoa sã, por mais erudita ou ignorante, inteligente ou estúpida que se mostre. (ARENDE, 2004, p. 231).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

E com isso estamos de volta ao tema da limitação da justiça convencional uma vez que delega a capacidade e a necessidade de julgar para um terceiro, sendo os principais sujeitos apenas sujeitados à reflexão e ao julgamento deste.

Será que todos os crimes, sem exceção, deveriam ser enviados para o tribunal para serem julgados por terceiros. Será que o processo judicial é a melhor e a única resposta ou haveria alternativas? Será que os procedimentos judiciais na Irlanda do Norte, onde praticamente um terço dos casos são encaminhados via Ministério Público para um atendimento com práticas de Justiça Restaurativa, visando uma resposta restaurativa e não retributiva, não poderiam ser um estímulo para pensarmos outras possibilidades? O fundamento desta novidade é a centralidade dos atendimentos nas necessidades e na segurança da vítima além da distinção clara entre a pessoa do agressor e o ato que ele cometeu ou ao qual a vítima foi submetida. Com um sistema preparado, seria possível introduzir respostas restaurativas

depois de um crime acontecer e mesmo depois de uma prisão preventiva. Restaurar os danos, é o ponto de interesse na abordagem da uma justiça que efetivamente restaura. (KERSHEN, 2012)

Obviamente, não basta ter um sistema judicial que atenda com práticas de Justiça Restaurativa. É uma visão e um estilo de vida que tem que penetrar em outros espaços da sociedade tais como as escolas e as famílias, além do atendimento social. A sociedade como um todo precisa pôr-se a caminho de uma sociedade restaurativa e desenvolver alternativas às reações mais comuns aos crimes que excluem, humilham e punem. É urgente desenvolver respostas orgânicas que favoreçam a vida em comum e que possam enriquecer as pessoas, também através do acolhimento e tratamento de transgressões e crimes.

A Justiça Restaurativa, cuidando da restauração dos dons e das relações, é capaz de sanar algumas das limitações da justiça convencional que isola da coletividade o conflito e a resposta a ele. Mas, não é suficiente tratar somente da restauração das relações, pois frequentemente por de trás das agressões existem problemas de poder e de forças desiguais, de violações e privações durante a infância, para os quais ninguém é responsabilizado. Além de expandir a aplicação da Justiça Restaurativa que investe na responsabilização dos sujeitos e em sua capacidade de restaurar danos e relações, é imprescindível pensar em intervenções estruturais e sistêmicas que contemplem também as dimensões subjetiva e comunitária e que assim possam contemplar mais uma dimensão do dano em vista da construção coletiva da justiça .

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Vanessa Sievers de. *Amor mundi e educação: reflexões sobre o pensamento de Hannah Arendt*. Doutorado em Educação, Universidade de São Paulo. 2009.
- ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Tradução Antonio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.
- ARENDT, Hannah. Compreensão e política. In: _____. *A dignidade da política: ensaios e conferências*. Tradução Helena Martins et al. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993. p. 39-53.
- ARENDT, Hannah. Prefácio à Primeira Edição, in *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Letras, 2012.
- ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- BIANCHINI, Edgar Hrycylo. *Justiça Restaurativa: Um desafio à práxis jurídica*. São Paulo: Servanda, 2012.

- BUNTINX, Kristel. *Victim Offender Mediation in severe crimes*. Paper presented. Bemiddelingsdienst. Arrondissement Leuven: Heverlee, HEVERLEE., 2012.
- BUNTINX, Kristel. Täter-Opfer-Ausgleich bei Tötungsdelikten. 2012 In: <<http://vimeo.com/57272522>>, Acesso 20 de junho 2013.
- DIZER O DIREITO. *Promotor de Justiça deve se sentar na mesma mesa que o juiz na sala do Tribunal do Júri?* 2013. Disponível: <http://www.dizerodireito.com.br/2013/11/promotor-de-justica-deve-se-sentar-na.html>. Acesso em 30 de outubro 2014.
- FUNDACIÓN PARA LA RECONCILIACIÓN, 2011. *Escuelas de perdón e reconciliación*. Octava Edición. Bogotá. 2011.
- KERSHEN, Lawrence. *Making Justice Systems More Restorative – A View From The Bench*. In: Seminário: Making Justice Systems More Restorative – Identifying and Learning from Best Practice across Europe – Oxford 25./26.04.2012. Disponível: <http://www.justice.eu/en/great-britain.html>>, Acesso em 23 de junho 2013.
- PRANIS, Kay. *Processos circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.
- RÖSSNER, Dieter, s/d. *Opfer – Täter – Ausgleich setzt kommunikativen Prozess voraus*. Disponível: <<http://restorative-justice.de/mediathek>> Acesso em 23 de junho 2013.
- SHERMAN L., STRANG, H. *Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice*. Utah Law Review. Volume 1, 2003.
- ZEHR, H e TOEWS, B. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo. In: *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 419-432.

Submissão: 12/07/2013

Aprovação: 15/08/2014

**A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE REUNIÃO E O
DANO MORAL COLETIVO**

THE RESTRICTION ON FREEDOM OF ASSEMBLY
AND THE MORAL DAMAGES COLLECTIVE

Ana Carolina de Souza Mendes

Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo de Ensino. Graduação em Direito. Centro Universitário Toledo de Ensino, Presidente Prudente, SP. Analista de Promotoria I. Assistente Jurídico. Ministério Público do Estado de São Paulo.

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi elucidar a restrição à liberdade de reunião e conseqüente responsabilidade civil do Estado por danos morais coletivos. Inserido no campo Sociológico Jurídico, o tema da pesquisa analisou os recentes protestos massivos ocorridos no país. Nesse diapasão, foi examinada a liberdade pública e seus desdobramentos históricos, sociológicos, legais e doutrinários, discutindo a responsabilidade civil do Estado e o dano moral coletivo. Por fim, ressaltou-se o caso em análise, aferindo-o com a doutrina e jurisprudência pátria. Para cumprir esse objetivo, utilizou-se o método científico dedutivo, com fulcro nas premissas estabelecidas nas Constituições Brasileiras e no caso em análise. Observou-se que a liberdade de reunião, direito fundamental previsto na ordem jurídica nacional e internacional, restou obstaculizada pela repressão violenta da polícia militar. Como conclusão, verificou-se que as intervenções indevidas na liberdade de reunião geram responsabilidade civil do Estado por danos morais difusos.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade. Reunião. Responsabilidade. Danos Morais.

ABSTRACT

The aim of this study was to elucidate the restriction on freedom of assembly and consequent liability of the State for collective moral damages. Inserted in the Sociology of the Juridical field, the topic of this research analyzed the recent mass protests in the country. In this vein, was examined the public liberty and its historical, sociological, legal and doctrinal developments, arguing the civil liability of the State and collective moral damages. Finally, emphasis was placed on the case in question, checking it with the doctrine and jurisprudence homeland. To achieve this purpose, we used the scientific method deductive, with the fulcrum in the assumptions set forth in the Brazilian Constitutions and in the present case. Thus, was noted that freedom of assembly, a fundamental right under national and international law, was hindered by the violent repression of the military police. In conclusion, it was found that the tamper on freedom of assembly generates liability of the State for diffuse damages.

KEYWORDS

Freedom. Assembly. Liability. Moral Damages.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Liberdade Pública. 1.1. Liberdade de reunião. 1.1.1. Considerações iniciais. 1.1.2. Restrições à liberdade de reunião. 2. Responsabilidade civil do Estado. 3. Restrição à liberdade de reunião e o dano moral coletivo. 3.1. Caso em análise. 3.2. Do Cabimento do Dano Moral Coletivo em face da Ação Policial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As gerações que conquistaram o fim da ditadura, a redemocratização do país e o “impeachment” do Presidente da República Fernando Collor de Mello calaram-se. A despeito dos protestos ao redor do mundo – como a “Primavera Árabe”, no norte da África e Oriente Médio, “Revolução Verde”, no Irã, “Os Indignados”, na Islândia e Espanha, a “Occupy Wall Street”, nos Estados Unidos da América – o povo brasileiro, ante os atos ilegais e/ou imorais dos poderes constituídos, permaneceu durante muito tempo adormecido, apático, indiferente; movimentos específicos, como dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST), dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), Passe Livre (MPL) discutiam suas ideologias. Pensávamos que seria sempre assim; mas não foi.

A indignação pelo reajuste da tarifa dos transportes públicos “Acordou o Gigante”, e os brasileiros foram às ruas em busca de uma nova diretriz para a nação, afinal, como vimos em uma das frases nas “Jornadas de Junho”, “País mudo é um país que não muda!”.

A par disso, as autoridades públicas, em pleno regime democrático e participativo, trataram a mobilização com hostilidade. Policiais militares usaram gás lacrimogêneo e balas de borracha contra manifestantes pacíficos que lutavam por uma sociedade mais justa e igualitária.

O presente artigo analisará a repressão violenta da polícia militar e a possibilidade ou não da responsabilização do Estado em danos morais difusos pela restrição à liberdade de reunião.

1. LIBERDADE PÚBLICA

A liberdade é imanente do ser humano e defini-la não é tarefa fácil; valor, prerrogativa, fundamento, utopia, ideal e sentimento, são algumas expressões filosóficas aplicadas ao conceito de liberdade. ROCHA aduz que (2004, p. 48):

Não se conhece a liberdade; sente-se e vive-se ela e com ela para se dar a ser humano em plenitude. Ela é quase um sentimento, uma paixão entranhada na essência do humano, guardada em sua individualidade e exposta em sua sociabilidade. Não se lhe conhece o conceito, mas sente-se plenamente o seu entendimento.

Por outro lado, BERLIN examina a liberdade em dois sentidos: positivo e negativo. Pondera BERLIN (1981, p. 136 e 142) que há liberdade negativa “na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades de alguém”, enquanto a liberdade positiva é o desejo de se autodeterminar.

Desde os primórdios da civilização, o homem anseia por liberdade: liberdade de locomoção, de participação, de consciência, de expressão, política, entre outras. Malgrado o idealismo filosófico e metafísico, a liberdade foi e é alvo de constantes lutas contra autoridades espúrias e imorais.

A monarquia absolutista do século XII foi hostil às liberdades fundamentais de seus súditos, e a inspiração para mudar tal tirania veio inscrita na Declaração Espanhola das Cortes de Leão, de 1188, e, principalmente, na “Carta Magna das Liberdades ou Concórdia Entre o Rei João e os Barões Para a Outorga das Liberdades da Igreja e do Reino Inglês”, de 1215; destarte, foram conquistadas tão somente para os nobres e homens livres (DELMANTO, DELMANTO JÚNIOR e ALMEIDA DELMANTO, 2011, p. 58).

Após a Idade Média, a liberdade firmou-se não só com foco individual, mas também político-social (ideia difundida por Rousseau), como observamos na “Declaração de Direitos feita pelos Representantes do Bom Povo da Virgínia”, de 1776. Assim, no Estado Moderno, “a legalidade garantiu a liberdade” (SALDANHA, 1980, p. 35) e esta deixou de ser privilégio de alguns, para ser plúrima.

A liberdade também foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os quais dispõem:

Art. 4º – A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º – A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Ora, as liberdades públicas, expressão francesa para a designação das prerrogativas individuais em face do Estado, têm o objetivo de limitar o poder estatal. A rejeição à liberdade pública conduz à estagnação política e cultural, e robustece o autoritarismo.

Ademais, o fortalecimento e desenvolvimento de um país requerem respeito às liberdades substanciais (políticas – como, por exemplo, o direito de votar e de ser votado – e civis, como, por exemplo, o direito à propriedade) prolatadas em sua Constituição. Privar os seus cidadãos de tais liberdades afronta o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, apregoa SILVA (2004, p. 233):

é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.

E acrescenta SEN (2000, p. 18):

A liberdade é central para o processo de desenvolvimento por duas razões: 1) A razão avaliatória: a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas. 2) A razão da eficácia: a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas.

Pois bem, a liberdade pública é conteúdo essencial do Estado de Direito material e, portanto, deve ser preservada.

1.1. Liberdade de Reunião

1.1.1. Considerações iniciais

Liberdade de reunião é a aproximação qualificada de pessoas, com o fim de expressar ideias, opiniões e críticas, num dado espaço aberto e por certo período de tempo; ela é a força propulsora do bem estar social. ROCHA (2004, p. 51) reflete que:

A solidão é frágil. Mesmo forte o homem, a solidão o deixa quieto, quando é o movimento marca singular de sua existência. (...) As reuniões firmam braços em profusão a tornar fortes o que são fragilidades dos homens. Sócios no mistério de um viver sempre desigual, os homens igualam-se em suas afinidades, afirmam-se no que os aproxima e solidarizam-se no que os distingue. (...) reúnem-se, pelo que se define como a sua essência e inspiram-se na possibilidade do viver diferente que enriquece a aventura de ser com o outro.

A liberdade de reunião, cláusula pétrea no direito brasileiro (inciso IV do § 4º do artigo 60, da Constituição de 1988), não só dignifica a ordem pública, mas também ecoa valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Assim, de nada vale uma democracia esfacelada, em que o cidadão não é livre para pensar, querer, contrariar e gritar; através da liberdade de reunião, o povo, com estigma de grupo despolitizado, torna-se capaz de influenciar a realidade do país; é exatamente a reprovação social que estimula uma maior qualificação dos poderes constituídos. Nessa vertente, a liberdade de reunião é uma forma de controlar a legitimidade, a legalidade e a economicidade das políticas públicas, pois, segundo ROCHA (2004, p.11) “A democracia não prospera sem cuidados”.

A liberdade de reunião foi positivada pela primeira vez na Declaração dos Habitantes da República da Pensilvânia, de 1776, nos seguintes termos (ALMEIDA, p. 76):

Art. 16 O povo tem o direito de se reunir, de deliberar o bem comum, de dar instruções a seus representantes e de solicitar à legislatura, por meio de mensagens, de petições ou de representações, a emenda dos erros que considere por ela praticados.

O dispositivo sobrescrito iniciou uma nova tessitura sobre a liberdade de reunião, a qual passou a compor a ordem jurídica de vários Estados e constar em declarações e convenções internacionais.

Não diferente da legislação alienígena e a despeito da grande transformação da sociedade brasileira, desde a Constituição de 1891, a liberdade de reunião está inscrita no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Na Constituição de 1988, a liberdade de reunião está arrolada no Capítulo I do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e é, portanto, um direito fundamental. Vejamos o inciso XVI do artigo 5º (RIDEEL, 2013, p. 23):

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:

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

Sobre o artigo supra, depreende-se dos anais da Constituição de 1988:

O moderno Estado Social de Direito supõe a livre manifestação coletiva dos cidadãos em defesa dos seus interesses, sejam estes de ordem econômica, cultural, ecológica e social nas várias esferas de organização, desde a comunitária até a nacional. Trata-se na verdade, de instrumento imprescindível à efetiva participação dos vários grupos e movimentos sociais na vida do país.

De outra sorte, a única lei federal a prever a liberdade de reunião data do ano de 1950 e regulamentou o § 11 do artigo 141 da Constituição de 1946 e, embora com alguns dispositivos materialmente incompatíveis com a Constituição de 1988, não foi revogada.

Quanto à legislação ordinária estadual, podemos citar a recente Lei nº 6.528, de 18 de setembro de 2013, do Estado do Rio de Janeiro, que pretendeu legitimar a intervenção policial nas manifestações iniciadas em junho do mesmo ano.

Em relação a leis municipais, face o caso em estudo, ressaltamos as leis do município de São Paulo, quais sejam, Lei nº 12.151/96, regulamentada pelo Decreto nº 36.767/97, e Lei nº 12.153/96, regulamentada pelo Decreto nº 36.329/96.

A Lei nº 12.151/96 dispõe sobre o uso das vias públicas do município de São Paulo para o exercício da liberdade de manifestação através de passeatas, desfiles ou outro tipo de concentração popular. Já a Lei nº 12.153/96, embora com dispositivos semelhantes à lei sobrescrita, disciplina a realização de manifestações públicas que prejudiquem a livre circulação dos veículos automotores na Avenida Paulista, principal “palco” do exercício da liberdade de reunião.

1.1.2. Restrições à liberdade de reunião

A concessão de liberdades públicas ao indivíduo não lhe concede, automaticamente, o poder de fazer com ela o que bem entender. É cediço que a liberdade de reunião não é um direito absoluto; nenhuma liberdade fundamental o é. Direitos, garantias e poderes são passíveis de restrições e limites.

SILVA (2009, p. 67-68) estuda a proteção das liberdades públicas com base no conceito de “suporte fático”, conhecido no Direito Penal como tipo e no Direito Tributário, como hipótese de incidência. Para ele, tal análise é necessária para aferir o conteúdo da liberdade pública e seus limites. Diante disso, é preciso analisar a subsunção de determinada conduta no suporte fático de uma liberdade pública, seu sopesamento, suas restrições e colisões, exemplificando:

Determinado grupo musical, frustrado com a impossibilidade de demonstrar ao grande público seu talento, resolve, recorrendo a seu direito de reunião (CF, art. 5º, XVI), fazer um concerto em local aberto ao público no horário de maior movimento de automóveis, na avenida mais movimentada de sua cidade, em cujas cercanias se encontram dezenas de hospitais importantíssimos. As autoridades locais, com fundamento no transtorno para o trânsito, na possibilidade de mortes ou piora no quadro de saúde daqueles têm que ser transportados por ambulâncias para os referidos hospitais e, por fim, em vista da dimensão meramente individual, festiva e interesseira do evento, resolvem proibi-lo. Diante desse cenário, várias perguntas são possíveis: (a) O ato “*show de rock no meio da rua*” é exercício do direito de reunião? (b) Há colisão entre o exercício do direito de reunião e o direito à vida daqueles que podem morrer nas ambulâncias em vista dos problemas no trânsito de automóveis? (c) Quais são as formas de resolver o problema? Sopesamento entre direitos? Delimitação de um deles? Exclusão de determinadas situações – por exemplo, “*show de rock no meio da rua*” – da garantia de algum dos direitos envolvidos?

Assim sendo, não se aceita uma restrição à liberdade pública “por meio do recurso a intuições, muitas vezes moralistas, e pré-compreensões mal-esclarecidas” (SILVA, p. 254); é necessário uma fundamentação no Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o inciso XVI do artigo 5º da Constituição de 1988 faz duas restrições à liberdade de reunião: 1ª) que uma não frustre outra que já estiver convocada para o mesmo espaço, e 2ª) que a reunião seja previamente avisada à autoridade competente.

As citadas restrições ao exercício das liberdades públicas não induzem a afirmação de que há colisão de direitos, pois é o próprio constituinte que as delimita (limite preexistente).

Urge frisar que as restrições à liberdade de reunião não se confundem com a mera regulamentação. Podemos citar como exemplo de regulamentação, a Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 6.528/13, que proibiu o uso de máscaras ou qualquer outra forma de ocultar o rosto em manifestações no Estado, com o propósito de evitar o abuso no exercício da liberdade de reunião. Como amplamente noticiado, no Rio de Janeiro, manifestantes violentos (“Black Blocs”) usavam máscaras com o intuito de interditar vias e depredar o patrimônio público e privado, infiltrando-se, depois, no meio de manifestantes pacíficos.

A lei carioca não é uma medida de exceção à liberdade garantida constitucionalmente, mas uma forma de coibir que esta seja exercida com único propósito de vandalismo. ALMEIDA (2001, p. 233) exemplifica e acentua:

imagine-se que a finalidade da reunião seja a propagação de ideias racistas, conclamando-se, ou não, a ações nesse sentido. Nesse caso, a finalidade de reunião é evidentemente ilícita levando à sua interdição; a liberdade de reunião, em tese, existe, mas no seu exercício pratica-se ato ilícito. (...) se ao reunirem-se e manifestarem ideias, os indivíduos cometem atos de racismo, tal conduta há que ser cindida, de modo que cada parte dela sujeita-se à prescrição de cada norma. Nem da norma que assegura a liberdade de reunião decorre que se possa praticar o racismo, nem da norma que proíbe o racismo decorre que não seja lícito reunir-se.

Desse modo, meras regulamentações ao exercício da liberdade de reunião não podem ser vistas como restrições.

Em relação às leis municipais de São Paulo (Lei nº 12.151/96 e nº 12.153/96), também entendemos que não há limitação da liberdade de reunião, pois as leis buscam garantir o exercício de outras liberdades igualmente tuteladas pela Constituição de 1988, como, por exemplo, o de livre locomoção (inciso XV, do artigo 5º da Constituição de 1988). Para preservar a unidade da Constituição e resolver a colisão ou conflito entre duas liberdades, evoca-se a teoria da ponderação, técnica aplicável quando a subsunção do fato à norma se mostra insuficiente, especialmente, quando se trata de normas de mesma hierarquia.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1969/DF que discutiu Decreto Distrital nº 20.098/99 que vedava a realização de manifestações públicas com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e nas vias adjacentes, entendeu que a restrição era “inadequada, desnecessária e desproporcional”. Eis a ementa da medida cautelar:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – OBJETO – DECRETO. Possuindo o decreto característica de ato autônomo abstrato, adequado é o ataque da medida na via da ação direta de inconstitucionalidade. Isso ocorre relativamente a ato do poder executivo que, a pretexto de compatibilizar a liberdade de reunião e de expressão com o direito ao trabalho em ambiente de tranquilidade, acaba por emprestar a carta regulamentação imprópria, sob os ângulos formal e material.

LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA – LIMITAÇÕES. De início, surge com relevância ímpar pedido de suspensão de decreto mediante o qual foram impostas limitações à liberdade de reunião e de manifestação pública, proibindo-se a utilização de carros de som e de equipamentos de veiculação de ideias.

Por fim, infere-se que a restrição à liberdade de reunião somente pode ocorrer: a) nas hipóteses descritas acima, de acordo com o inciso XVI do artigo 5º da Constituição de 1988; e b) na ocorrência de estado de sítio e estado de defesa (alínea “a”, do inciso I, §1º, artigo 136 e inciso IV ao artigo 139, respectivamente, da Constituição de 1988).

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O gozo das liberdades públicas requer atenção às normas naturais e jurídicas. Quando essas normas são afrontadas, cabe à ciência jurídica buscar a solução, no intuito de pacificar a sociedade. Nessa esteira, o instituto da responsabilidade visa à harmonia das relações entre os homens. BITTAR (1988, p. 93) relata que:

o ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade. (...) Isso significa que, em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade.

É indubitável que em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, não basta proteger as liberdades públicas, mas também responsabilizar aqueles que as violam.

O termo responsabilidade significa “responder a alguma coisa”, “caráter ou estado do que é responsável” (AURÉLIO, 2013, s.p.). Etimologicamente, a palavra responsabilidade, do latim “respondere”, de “spondeo”, surgiu no direito obrigacional romano, entre 753 a.C. a 510 a.C.. Ensina ROLIM (2000, p. 39-40) que o negócio jurídico romano era regido por uma fórmula sagrada, na qual o contratante indagava, dentro de um templo e perante a estátua de um deus: “Spondes?” (Prometes fazer isso que estás prometendo?), ao passo que o contratado deveria responder: “Spondeo” (Assim o prometo).

A base da teoria da responsabilidade advém do princípio “neminem laedere” (“a ninguém se deve lesar”) ou “alterum non laedere” (“não lesar a outrem”), que, embora previsto no Digesto (526 d.C.) do imperador Justiniano, tem seu berço no Epicurismo (início em 146 a.C.), corrente filosófica grega (DONNINI, 2009, p. 502).

A responsabilidade civil deriva do descumprimento de uma obrigação contratual ou extracontratual, sujeitando o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima. Nessa senda, a responsabilidade civil exprime a ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência, de restabelecimento do equilíbrio.

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil são: a) conduta comissiva ou omissiva; b) dolo ou culpa; c) nexa causal e d) dano.

Em face do caso em apreço, revela-se necessário salientar o dano moral extrapatrimonial coletivo.

BITTAR FILHO (*apud* DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 320) anota que:

(...) dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção

ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

Podemos citar como exemplos de dano moral coletivo, a ofensa a raças, a credos religiosos, à informação aos consumidores, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, a sentimentos nacionais, à moralidade pública etc..

Não obstante a Lei nº 7.347/85 (art. 1º, “caput”), que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados a direitos coletivos “*lato sensu*”, e a Lei nº 8.078/90 (art. 6º, VI), que dispõe sobre a proteção ao consumidor, previnem a possibilidade da reparação por dano moral, a doutrina e a jurisprudência divergem quanto a sua transindividualidade.

Cinge-se a controvérsia na alegação de impossibilidade de massificação do dano moral, pois ele denota dor, somente aferível em um indivíduo. Perfilham desse entendimento, entre outros, Zavascki e Stoco.

Em que pese a argumentação tecida, não podemos examinar o dano moral coletivo com arrimo no dano moral individual, mormente porque àquele protege o sentimento coletivo, do grupo social, além de valorizar a cidadania. Preconizam REMÉDIO, SEIFARTH e LOZANO JÚNIOR (2000, p. 34-35):

Diversos são os doutrinadores que sufragam a essência da existência e reparabilidade do dano moral coletivo:

Limongi França sustenta que é possível afirmar a existência de dano moral “à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico”.

Carlos Augusto de Assis também corrobora a posição de que é possível a existência de dano moral em relação à tutela de interesses difusos, indicando hipótese em que se poderia cogitar de pessoa jurídica pleiteando indenização por dano moral, como no caso de ser atingida toda uma categoria profissional, coletivamente falando, sem que fosse possível individualizar os lesados, caso em que seria conferida legitimidade ativa para a entidade representativa de classe pleitear indenização por dano moral.

A sustentar e esclarecer seu posicionamento, aponta Carlos Augusto de Assis, a título de exemplo: “Imagine-se o caso de a classe dos advogados sofrer vigorosa campanha difamatória. Independentemente dos danos patrimoniais que podem se verificar (e que também seriam de difícil individualização) é quase certo que os advogados, de uma maneira geral, experimentaríamos penosa sensação de desgosto, por ver a profissão a que se dedicamos desprestigiada. Seria de admitir que a entidade de classe (no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil) pedisse indenização pelo dano moral sofrido pelos advogados considerados como um todo, a fim de evitar que este fique sem nenhuma reparação em face da indeterminação das pessoas lesadas.

(...).

Assim, tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos) ensejam reparação.

Doutrinariamente, citam-se como exemplos de dano moral coletivo aqueles lesivos a interesses difusos ou coletivos: “dano ambiental (que consiste na lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica etc.) através de publicidade abusiva e o desrespeito à bandeira do País (o qual corporifica a bandeira nacional).

Ora, a Constituição de 1988 assegura a reparação não só do dano material, mas também o ressarcimento do dano moral, não distinguindo, quanto a este, se individual ou coletivo. A proteção constitucional não pode se restringir à violação individual, mas também a difusa, pois o homem é essencialmente um ser social. Ao firmar a responsabilidade civil do Estado, o constituinte de 1988 atentou-se para os princípios da dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º), da solidariedade social (inciso I do artigo 3º) e da isonomia (“caput” do artigo 5º). Nessa senda, a dignidade da pessoa humana zela pelo respeito às liberdades públicas. Além disso, ensinam ALEXRANDRINO e PAULO (2012, p. 777) que a essência dos princípios da solidariedade e igualdade social consubstancia-se no binômio benefício vs. risco: como toda coletividade seria beneficiada com os fins propostos pela Administração, ela também é corresponsável pelos riscos advindos dessa atividade (Código Civil de 2002, artigos 43, 186, 187 e 927).

Portanto, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, e não exige a comprovação de culpa, mas apenas que da conduta comissiva de seu agente público, no exercício de sua função, resultou um dano.

3. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE REUNIÃO E O DANO MORAL COLETIVO

3.1. Caso em Análise

Em junho de 2013, a indignação pelo reajuste das tarifas dos transportes públicos eclodiu em diversas ruas brasileiras. A Pesquisa CNT/MDA, uma das principais agências de pesquisas sobre temas nacionais, revelou, na rodada 114ª (2013, p. 28), que 30,8% da população estavam insatisfeitas com os preços e a qualidade do transporte urbano.

Entrementes, a reivindicação inicial – mobilidade urbana – despertou o “Gigante” e abarcou a luta por justiça social, saúde, educação, segurança pública, aversão à corrupção, com os gastos públicos de eventos internacionais, entre outras. Aventa SCHWARZ (2013, p. 3) que “O espírito crítico, que esteve fora de moda, para não dizer excluído da pauta, teve agora a oportunidade de renascer. A energia dos protestos recentes... suspendeu o véu e reequilibrou o jogo”.

O estopim das “Jornadas de Junho” ocorreu no dia 6; os manifestantes, mobilizados por meio de redes sociais (Facebook, Twitter, WhatsApp etc.), invadiram todas as pistas da mais famosa avenida da cidade de São Paulo, a Paulista. O ato, organizado originalmente pelo Movimento Passe Livre de São Paulo (MPL-SP), levou dezenas de viaturas e trezentos e vinte policiais militares da Força Tática – o batalhão de choque – à avenida. A polícia militar paulista reagiu ao protesto com bombas de gás lacrimogêneo e de efeito moral e, embora o responsável pela operação, coronel Reynaldo Simões Roque, tenha declarado à revista VEJA que a tropa de choque tinha “expertise para garantir o direito a manifestação” (2013, s.p.), a repressão violenta dos policiais militares deixou ao menos cinquenta manifestantes feridos (PORTAL DE NOTÍCIAS DE O ESTADO DE S. PAULO, 2013, s.p.) e muitos indignados, pois, em pleno regime democrático e participativo, ainda há intolerância do Estado.

Os movimentos sociais continuaram e os embates com os policiais militares também. GOMES (2013, p. 12) afirmou que “A repressão policial exagerada (em vários momentos) jogou gasolina no fogo da paixão coletiva”.

O jornalista LOCATELLI (2013, p. 19) relatou a investida dos policiais militares a um jovem que tentava ir embora do terceiro dia de protesto na cidade de São Paulo:

Ninguém vai subir esta merda! Ninguém vai para a Paulista! Pode voltar... Obedecendo, tentou retroceder. Mas, em seguida, uma viatura da polícia chegou e os levou ao 1º Distrito Policial, na praça da Sé. Ao chegar à delegacia, Daniel conta que descobriu qual era a acusação: arremessar pedras no policial em frente ao Tribunal de Justiça (sic).

O protesto mais violento ocorreu no dia 13 de junho de 2013, em São Paulo; a cavalaria da polícia militar uniu-se à tropa de choque e bombas de gás lacrimogêneo e balas de borracha atingiram manifestantes, pedestres, moradores, passageiros de ônibus e jornalistas. A jornalista da Folha de S. Paulo, Giuliana Vallone, foi atingida no olho por uma bala de borracha (PORTAL DE NOTÍCIAS DE O ESTADO DE S. PAULO, 2013, s.p.); o repórter-fotográfico Fábio Braga, atingido por dois disparos de bala de borracha, descreveu: “Eles nos encurralaram e abriram fogo aleatoriamente. Os manifestantes chegaram a ajoelhar e colocar as mãos para cima, mesmo assim a PM atirou” (FOLHA DE S. PAULO, 2013, s.p.). Neste dia, quinze jornalistas sofreram agressões dos policiais militares, sessenta e uma pessoas foram presas em flagrante e mais de duzentas levadas para averiguações (LOCATELLI, 2013, p. 27).

A Anistia Internacional divulgou nota na mesma noite repudiando a violência das polícias paulista e fluminense, e divulgou em seu site um guia de boas práticas para a polícia durante protestos públicos, intitulado “Policing Demonstrations in the European Union” (Demonstrações de policiamento na União Europeia) (PORTAL TERRA, 2013, s. p.), baseado no Código de Conduta da ONU para policiais e nos Princípios Básicos da ONU para o uso da força e armas de fogo pela polícia. Nessa linha, a Anistia Internacional recomenda aos policiais que facilitem as manifestações públicas pacíficas e reduza a tensão e violência.

No dia 14 de junho de 2013, o prefeito de São Paulo, Fernando Haddad, declarou ao Portal G1 (2013, s.p.) que:

A polícia segue protocolos. Quando o protocolo é obedecido, as coisas caminham bem. No dia de ontem, segundo as imagens e os relatos, parece que esses protocolos não foram observados, razão pela qual a Secretaria da Segurança determinou a investigação... Evidentemente que estamos todos impactados com as imagens do dia de ontem.

A organização não governamental Repórteres Sem Fronteiras também divulgou nota censurando a repressão brutal aos protestos e a prisão de jornalistas e manifestantes em São Paulo.

Fernando Grella, secretário de segurança pública de São Paulo, lamentou a violência dos policiais militares e prometeu que “Se ficar caracterizado que o ataque foi deliberado, vai haver responsabilização” (FOLHA DE S. PAULO, 2013, s.p.).

Em 17 de junho de 2013 houve manifestações em doze capitais, reunindo aproximadamente duzentas mil pessoas nas ruas (LOCATELLI, 2013, p. 29). Em São Paulo, após reunir-se com os representantes do Movimento Passe Livre (MPL-SP), o governo comprometeu-se a não usar balas de borracha para conter os atos de vandalismo e a não impedir o acesso à Avenida Paulista; Fernando Grella afirmou: “Se eles quiserem ir para a Paulista, eles irão. O papel da polícia será de organizar e diminuir os transtornos”.

Não obstante as promessas, tanto a mobilização em São Paulo quanto nas demais cidades brasileiras, houve violência.

Em 7 de dezembro p.p., o portal CORREIO DA CIDADANIA publicou (2013, s.p.):

Muitos dos manifestantes presos relatam que sofreram terror psicológico e ameaças, sendo que alguns foram levados para o presídio de segurança máxima de Bangu. Passados alguns dias do protesto, a maior parte dos presos foi liberada e alguns tiveram o indiciamento desqualificado pelo Poder Judiciário, em um claro indicativo da natureza arbitrária dessas prisões.

Os protestos e as ações policiais violentas foram destaques nos principais jornais internacionais, como os americanos The New York Times e CNN, o britânico BBC, o espanhol El País e o francês Le Monde.

Mas as perplexidades continuam. No dia 27 de janeiro de 2014, o advogado Daniel Biral, do grupo “Advogados Ativistas”, que atua em prol dos manifestantes de rua, foi ameaçado por um homem armado para que deixasse a atuação no caso Proteus (BEZERRA, 2013, s.p.).

Fabrcio Proteus, jovem de 22 anos, foi baleado com dois tiros por policiais militares de São Paulo após a manifestação do dia 25 de janeiro de 2014. Em nota, o grupo “Advogados Ativistas” declarou (s.d., s.p.):

estamos nas ruas pelos direitos de quem quer se manifestar, o que tem sido muito difícil ultimamente diante da liberdade excessiva que é dada à polícia

para reprimir os cidadãos. (...) São inaceitáveis estas ameaças dentro de um Estado Democrático de Direito. Atitudes como a da polícia, do governador do estado de São Paulo e do secretário de segurança pública nos remetem aos duros tempos da ditadura.

Ora, o “Acordar do Gigante” foi a efetivação da democracia vigilante (GOMES, 2013, p. 77) e da liberdade de reunião, reflexos da mudança social e histórica do país, e, por isso, a autoridade pública tinha o dever de salvaguardá-la. Contudo, a despeito do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem ventilar “Que é a inspiração mais elevada do homem o advento de um mundo em que os seres humanos, liberados do medo e da miséria, desfrutem da liberdade de palavra”, a atuação da polícia militar afastou-se das liberdades asseguradas, e pretendeu silenciar a voz do povo.

Infelizmente, um dos slogans ouvidos durante as “Jornadas de Junho” foi: “Que coincidência! Não tem polícia, não tem violência”.

Nessa trilha, entendemos que, com fulcro em ROSA (2004, p. 55) que a preservação da ordem pública requer obediência aos direitos fundamentais.

É cediço que para a manutenção ou restabelecimento da paz social, ordem pública e incolumidade do cidadão, o Estado deve utilizar-se, algumas vezes, da coação. Contudo, essa coação só será legítima se for sem excessos; ocorrendo abusos, caracterizada estará a responsabilidade do Estado.

De fato, qualquer movimento hostil ao Estado Democrático de Direito deve ser repellido; a reunião de pessoas mascaradas com o único propósito de depredar bens públicos e/ou particulares e afrontar as forças policiais deve ser rechaçada. Porém, o Estado não se exime da responsabilidade se, através de seus agentes, abusa do poder de manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

3.2. Do Cabimento do Dano Moral Coletivo em face da Ação Policial

A despeito dos inconvenientes causados pelas manifestações de rua, pesquisas revelaram que no final de junho de 2013, elas contavam com o apoio de 89% da população (DATAFOLHA, 2013, s.p.).

Resta inequívoco que o impedimento pela polícia militar do exercício da liberdade de reunião acarretou, objetivamente, constrangimento no meio social, mormente num país em que a cultura da inércia começava a ser rompida. Ademais, a presença do Ministro da Justiça no telejornal da maior rede de televisão do país colocando à disposição dos governos estaduais e municipais a Força Nacional de Segurança (chamada somente em casos de emergência) é inconcebível com o proclamado na Declaração de Direitos dos Representantes do Bom Povo da Virgínia, de 1776 (s.d, s.p):

Artigo 3º. O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou

formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração.

Todas as vezes que um governo seja incapaz de preencher essa finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e imprescritível de reformar, mudar ou abolir da maneira que julgar mais própria a proporcionar o benefício público.

Nesse passo, a Constituição de 1988 consagra no “caput” do artigo 37 os princípios da Administração Pública, quais sejam, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência. Portanto, com fulcro nestes princípios, a Administração Pública tem o dever de zelar pela observância da lei, do bem comum e da qualidade de seus serviços.

Entretantes, a ação incauta da polícia militar nos diversos Estados brasileiros não observou os princípios elencados acima. Ora, o Estado deve proteger a liberdade de reunião de maneira ótima; conseqüentemente, toda ação ou omissão que viole os fundamentos principiológicos do Estado brasileiro deve ser afastada. Adverte MELLO (s.d, s.p):

- a) O direito de reunião constitui faculdade constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País; b) os agentes públicos não podem, sob pena de responsabilidade criminal, intervir, restringir, cercear ou dissolver reunião pacífica, sem armas, convocada para fim lícito; c) o Estado tem o dever de assegurar aos indivíduos o livre exercício do direito de reunião, protegendo-os, inclusive, contra aqueles que são contrários à assembleia; d) o exercício do direito de reunião independe e prescinde de licença da autoridade policial; e) a interferência do Estado nas reuniões legitimamente convocadas é excepcional, restringindo-se, em casos particularíssimos, à prévia comunicação do ato à autoridade ou à prévia comunicação designação, por ela, do local da assembleia; (...)
- h) o direito de reunião, permitindo o protesto, a crítica e a manifestação de ideias e pensamento, constitui instrumento dentro do Estado Moderno.

Há, pois, responsabilidade do Estado pelas indevidas restrições à liberdade de reunião, tendo em vista que na análise das medidas necessárias para coibir as ações violentas dos manifestantes, o Estado não avaliou o meio escolhido em face do parâmetro constitucional. Noutro sentido, o Estado, diante do caso concreto, não aferiu com cautela o grau de lesão ao bem jurídico protegido, para só então dizer se havia ou não abuso à liberdade de reunião.

Diante dos vários depoimentos dos manifestantes, jornalistas e pedestres, a restrição às manifestações pelo Estado foi inadequada e desproporcional, pois rompeu com postulados básicos da democracia em que nem sequer *pedia-se a destituição de um poder!* O comportamento abusivo e arbitrário do Estado sufocou o debate público e feriu a liberdade de reunião, transformando-a em um “caso de polícia”.

Com efeito, há inequívoco interesse público nos protestos massivos, pois almejam uma melhor atuação política e legislativa em prol da sociedade. No caso das mobilizações de junho na capital paulista, o Estado, com o pretexto de proteger o patrimônio público, violou a liberdade de reunião e de participação nos negócios do governo. O que se viu nas ações policiais foi uma tentativa de emudecer os cidadãos. Nesse diapasão, ROCHA (2004, p. 27) ensina que “Ditador gosta é de silêncio...”. Porém, a mordança caiu. Com as manifestações, o Brasil recusou-se a “ficar deitado eternamente em berço esplêndido” e demonstrou não só que “um filho teu não foge à luta, nem teme quem te adora a própria morte”, como também que é capaz de transformar a pátria em que vive e não se tem. A própria Presidente Dilma Rouseff reconheceu em discurso à Nação que “democracia gera desejo de mais democracia; inclusão gera cobrança de mais inclusão; qualidade de vida desperta o anseio por mais qualidade de vida, e não menos, sempre mais. E é isso que nós temos de enfrentar” (2013, s.p.).

FERREIRA (apud Anais da Constituição, 1986) em sua exposição para na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara de Deputados para a elaboração da Constituição de 1988, dispôs que:

O País não pode ficar nesse dia a dia de desespero, de inquietação, de passividade, sem saber ao certo os rumos que a Nação vai tomar, porque deve preocupar-se com as mudanças substanciais. Essas mudanças que vão ser feitas vão depender sobretudo do povo, da nossa capacidade de luta, do nosso descortino, da visão do povo brasileiro, do Congresso na sua feição de representante do povo e de uma Assembleia Constituinte a ser eleita para o efeito de elaborar uma nova Constituição. O povo deve reassumir o comando de seu destino político, deve ser o sujeito de sua história, deve olhar-se frente a frente e, afinal, decidir quais os rumos que vão ser tomados, que vão trazer ou um momento feliz de restauração da democracia, de base econômica, baseada nos Direitos sociais, ou um momento de nova frustração popular. É a Nação então que vai ser o palco da sua história.

Não há dúvidas de que além do desprezo à liberdade de reunião, o Estado pretendeu abafar a voz de uma sociedade pluralista, que têm direitos declarados constitucionalmente. A reprovação do país pela violência dos policiais militares, a intranquilidade sobre a ida ao trabalho e o retorno ao seio da família, o medo, a vergonha nacional e internacional, a notícia estampada nas manchetes de jornais escritos e falados, geram a viabilidade da responsabilização do Estado por danos morais coletivos.

O Estado pensou que a manifestação seria ínfima, banal, temporal e circunstancial: 0,20 centavos. Mas ela era factível e a ação policial tolheu, injustificadamente, a consciência cívica de liberdade de reunião. A conduta do Estado causou evidente dano moral a toda população. Quando agiu desproporcionalmente, os policiais militares, agentes do Estado, deixaram de lado o fim público e o ideal de bem servir à comunidade. O agente público que deveria velar pela Carta Magna, lei,

moral administrativa, eficiência e pelos interesses da coletividade, passou a difundir, com suas ações, uma imagem negativa do ente público. Corroborando a afirmativa, SECCO (2013, p. 80) observa que enquanto nos primeiros dias dos protestos na cidade de São Paulo havia aproximadamente dois mil manifestantes, após a repressão policial, o número aumentou para duzentos e cinquenta mil!

O PORTAL DE NOTÍCIAS DE O ESTADO DE S. PAULO (2013, s.p.) entrevistou ex-comandantes-gerais da Polícia Militar os quais apontaram diversas falhas no planejamento e execução nas ações policiais. Vejamos:

Se o objetivo era impedir que a manifestação chegasse à Paulista, a operação falhou. E a falha foi de planejamento ou de execução.” Outro coronel criticou o fato de o trânsito da Rua da Consolação em direção ao centro não ter sido interrompido, o que fez com que motoristas fossem pegos em meio ao confronto entre manifestantes e policiais – a violência no protesto era previsível pelo histórico dos atos anteriores. “A área deveria ter sido mais bem isolada.” Outra falha foi permitir que os manifestantes fossem da Praça Ramos de Azevedo até a Praça Roosevelt, pois ali a possibilidade de dispersão era maior. “E, quando ocorre dispersão, a baderna começa.” Abre-se, de acordo com o coronel, o caminho para ações de PMs sem o controle do comando e de manifestantes violentos. Outro coronel, José Vicente da Silva, disse que a operação teve êxito em razão de seu risco e complexidade. Mas admitiu a hipótese de falhas de coordenação entre unidades e de policiais do patrulhamento das ruas sem o treinamento adequado para controlar distúrbios.

Por conseguinte, a possibilidade de conflitos ou tumulto não legitima o Estado a restringir a liberdade de reunião que a Lei Maior não contemplou. MENDES (2010, p. 491) aduz que a dissolução da reunião é medida extrema, aplicada quando há violência e SILVA (2004, p. 263), mais radicalmente, leciona que não se autoriza a intervenção estatal sequer para “manter a ordem”.

Observemos lição do Ministro Britto, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto na ADI nº 4.274/DF:

Pelo que a coletivização do senso crítico ou do direito à crítica de instituições, pessoas e institutos é de ser estimulada como expressão de cidadania e forma de procura da essência ou da verdade das coisas. Quero dizer: só o pensamento crítico é libertador ou emancipatório, por ser eminentemente analítico, e o certo é que, sem análise crítica da realidade, deixa-se de ter compromisso com a verdade objetiva de tudo que acontece dentro do indivíduo e ao seu redor.

Indubitável a responsabilidade do Estado pelas ações violentas dos policiais, pois além de prisões arbitrárias, houve desprestígio a imagem e as liberdades de reunião e de crítica não só dos manifestantes e jornalistas, mas de toda coletividade. O Estado, ao imiscuir-se na liberdade de reunião, demonstrou-se autocrático e abusivo, afastando-se da ética, boa-fé e finalidade social do Direito.

Logo, não ocorrendo as restrições acima apontadas, resta ao Estado o dever de reparar o dano moral causado à coletividade, conforme os incisos V e X do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, RAMOS (1998) apud DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR (2013, p. 320) apregoa que o grande dano moral coletivo advindo da agressão a liberdades públicas.

Incontroverso, pois, a possibilidade de reparação de danos morais impostos à coletividade. A inobservância dos deveres pelo agente público gera na coletividade sentimentos de abandono, insegurança e de instabilidade. Em tais casos, há enorme e autêntico desapontamento dos cidadãos, frustrados em suas justas expectativas por um governo pautado pelo estrito respeito à legalidade e à moralidade. BITTAR acrescenta (1999, p. 230):

(...) Dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*) (...).

Salienta-se que, embora os danos sejam de natureza imaterial, sua reparação haverá de ser feita em dinheiro, estimando-se o desequilíbrio sofrido. É cediço que fixar o “quantum debeatur” não é simples. Não obstante, as regras de experiência comum e técnica, e ainda a observação do que ordinariamente acontece – artigo 335 do Código de Processo Civil – autorizam a afirmação de que os prejuízos éticos e morais, decorrentes de uma conduta ilícita, podem ser até mesmo maiores do que sua repercussão patrimonial. O grande número de pessoas ofendidas, no presente caso, é fator que exaspera a responsabilidade do Estado, e haverá de ser considerado para fixação do valor. Ademais, a reparação do dano moral à coletividade, embora não imponha pena, tem natureza punitiva, a fim de desestimular que se repitam situações semelhantes contra a liberdade pública em exame.

O Estado deve realizar o Direito e a Justiça. Ao impedir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia de desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos (artigo 3º, I a IV, da Constituição de 1988), o Estado, ao tentar calar e criminalizar os manifestantes, evidenciou que é intolerante a cidadania e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III, da Constituição de 1988), e, por isso, é moralmente responsável pela lesão a esses valores coletivos; não se repara a dor (“pretium doloris”), mas compensam-se os bens de índole difusa.

CONCLUSÃO

É da índole do Estado Democrático de Direito a sujeição à Constituição e às leis. Nesse diapasão, o Poder Público só pode atuar de acordo com as regras e valores instituídos.

Assim, partindo da análise do perfil histórico-evolutivo da liberdade pública e do instituto da responsabilidade civil, analisamos o caso concreto e a truculência policial nas “Jornadas de Junho”.

Portanto, afastada a teoria da irresponsabilidade e com fulcro no § 6º do artigo 37 da Constituição de 1988, o Estado torna-se responsável pelos danos, patrimoniais e morais, que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Assim, o princípio da igualdade clama pela recomposição do patrimônio jurídico da coletividade.

Ora, a sociedade não quer agentes policiais omissos; pelo contrário, ela deseja ver policiais nas ruas, preservando à ordem pública e assegurando à integridade física e patrimonial dos cidadãos. Entretanto, essa mesma sociedade anseia por um atuar sem excessos e/ou abusos de poder e desvios de finalidade, mas firmado no Texto Constitucional, Tratados e Convenções Internacionais.

Destarte, o Estado zombou das mobilizações massivas e as tratou como anarquia. Ao cercar violentamente a liberdade de reunião, o Estado feriu os direitos humanos, a ética, a eficiência, o civismo, o equilíbrio e a sensatez. A ânsia pelo fim dos protestos pacíficos não poderia lesionar a vida, dignidade humana, imagem, honra e respeito dos manifestantes e, por isso, o Estado é responsável civilmente pelos danos morais causados à coletividade.

Ora, o desenvolvimento político, econômico e social de um país deve primar por valores e liberdades fundamentais previstos em seu Texto Magno. É inviável aplicar políticas públicas macroeconômicas sem garantir uma discussão aberta e crítica sobre elas.

A reparação dos danos morais infligidos à coletividade justifica-se ante a socialização dos fatos que “acordaram o Gigante”. As demandas postuladas pelos manifestantes nas “Jornadas de Junho” visaram à construção de uma sociedade justa e igualitária; a luta não era individual, mas difusa, coletiva e o Estado não pode se eximir do desmazelo, incúria, ilicitude e abusividade causados por seus agentes públicos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 20 ed. São Paulo: Método, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ALVIM, Arruda. *Direito civil*. São Paulo: RT, 1995.

- ANAIS DO SIMPÓSIO – TEMAS CONSTITUCIONAIS. Volume I. Brasília: Câmara dos Deputados – Coordenação de Publicações, 1986.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Policing Demonstrations in the European Union*. Disponível em: <<http://anistia.org.br/direitos-humanos/blog/anistia-internacional-apresenta-guia-de-boas-praticas-para-o-policiamento-de-m>>. Acesso: em 20 nov. 2013.
- BAZHUNI, Marco Antonio. *Da responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- BEZERRA, Elton. *Advogado de manifestantes diz que foi ameaçado*. In Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-30/advogado-atua-defesa-manifestantes-foi-ameacado>>. Acesso em 02 fev. 2014.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades perigosas*. Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- BÔAS, Regina Vera Villas et al. *Marcos históricos relevantes da história da responsabilidade civil*. Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009.
- BÔRGHI, Hélio et al. *Responsabilidade Civil: Reflexões doutrinárias sobre o Estado*. Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4 ed. São Paulo: RT, 2011.
- _____. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4 ed. São Paulo: RT, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CNT/MDA. Disponível em: <<http://www.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Pesquisa%20CNT%20MDA/Relatorio%20SINTESE%20-%20CNT%20JULHO2013%20-%20R114%20-%20FINAL.pdf>>. Acesso: em 15 set. 2013.
- CÓDIGO CIVIL DE 1916. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CÓDIGO CIVIL DE 2002. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2013.

- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- CORREIO DA CIDADANIA. Disponível em: <http://www.correiocidadania.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=9037>. Acesso: em 10 dez. 2013.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral Estado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://brasil.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- DECLARAÇÃO DE DIREITOS DOS REPRESENTANTES DO BOM POVO DA VIRGÍNIA DE 1776. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em 18 dez. 2013.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. Disponível em: <<http://www.dicionarioaurelioonline.org/>>. Acesso: em 20 out. 2013.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume IV. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DONNINI, Rogério et al. *Prevenção de danos e a extensão do princípio nemo tenetur a se prodere. Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009.
- ENUNCIADOS DA V JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso: em 18 nov. 2013.
- FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano Extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- FERRAZ, Anderson. *Senadores propõem que protestos durante a Copa sejam considerados terrorismo e punidos com até 30 anos*. In JusBrasil. Disponível em: <<http://caco.jusbrasil.com.br/noticias/112346526/senadores-propoem-que-protestos-durante-a-copa-sejam-considerados-terrorismo-e-punidos-com-ate-30-anos>>. Acesso: em 19 dez. 2013.

- _____. *Senadores propõem que protestos durante a Copa sejam considerados terrorismo e punidos com até 30 anos*. In JusBrasil. Disponível em: <<http://caco.jusbrasil.com.br/noticias/112353137/resposta-da-senadora-ana-amelia-a-publicacao-senadores-propoeem-que-protestos-durante-a-copa-sejam-considerados-terrorismo-e-punidos-com-ate-30-anos>>. Acesso: em 19 dez. 2013.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in) governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FOLHA DE S. PAULO. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/113960-jornalistas-sao-feridos-por-disparos-de-policiais-militares.shtml>>. Acesso: em 28 jul. 2013.
- _____. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/10/28/manifestacoes-2013-10-27.pdf>>. Acesso: em 28 jul. 2013.
- GOMES, Luiz Flávio. *Por que estamos indignados? Das barbáries dos poderes à esperança de civilização, justiça social e democracia digital*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HAYEK, Friedrich A.. *Os fundamentos da Liberdade*. Tradução: Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.
- _____. *Direito, Legislação e Liberdade. A miragem da justiça social*. Tradução: Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. Vol. II.
- _____. *Direito, Legislação e Liberdade. A ordem política de um povo livre*. Tradução: Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. Vol. III.
- LEI DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Nº 6.528/2013. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- LEI DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO Nº 12.151/1996. Disponível em: <<http://lei.prefeitura.sp.gov.br/paginasp.html>>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- LEI DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO Nº 12.153/1996. Disponível em: <<http://lei.prefeitura.sp.gov.br/paginasp.html>>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- LEI FEDERAL Nº 1.207/1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1207.htm>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- LOCATELLI, Piero. *#Vem pra Rua*. As revoltas de junho pelo jovem repórter que recebeu passe livre para contar a história do movimento. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- MARICATO, Ermínia et al. *Cidades Rebeldes*. Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Carta Maior, 2013.

- MEDEIROS NETO, Xisto Calisto. *Dano moral coletivo*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MONTESQUIEU, Baron de Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- PORTAL DE NOTÍCIAS DE O ESTADO DE S. PAULO. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/em-uma-semana-tres-protestos-contr-aumento-da-tarifa-em-sao-paulo,203763.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2013.
- _____. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,protesto-fecha-a-marginal-e-lentidao-chega-a-226-km,1040233,0.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2013.
- PORTAL G1. Disponível em: <<http://m.g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/parece-que-protocolos-nao-foram-observados-diz-haddad-sobre-policia.html>>. Acesso: em 15 jul. 2013.
- PORTAL TERRA. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/reporteres-sem-fronteiras-critica-repressao-brutal-da-pm-em-sao-paulo,06a9e81e2424f310VgnCDL2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso: em 20 jul. 2013.
- _____. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/em-nota-anistia-internacional-condena-repressao-em-sp-e-rio,eddb1f061cf3f310VgnVCM4000009bcc eb0aRCRD.html>>. Acesso: em 20 jul. 2013.
- REALE, Miguel. *Liberdade e Democracia*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- REMÉDIO, José Antônio; SEIFARTH, José Fernando; LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Dano moral. Doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direitos de e para todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: RT, 2000.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Responsabilidade do Estado por atos das forças policiais*. Belo Horizonte: Líder, 2004.

- SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdade e garantias: estudos de direito público e teoria política*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- SCHWARZ, Roberto et al. *Cidades Rebeldes*. Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Carta Maior, 2013.
- SECCO, Lincoln et al. *Cidades Rebeldes*. Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Carta Maior, 2013.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STF. ADF Nº 187/DF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=187&processo=187>>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- _____. ADF Nº 869/DF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&dosID=266572>>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- _____. ADI Nº 1969/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- _____. ADI Nº 4274/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>>. Acesso: em 11 nov. 2013.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001.
- TARTUCE, Flávio. *Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Método, 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- VEJA. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/protesto-contra-aumento-da-tarifa-de-onibus-tem-15-detidos>>. Acesso: em 19 dez. 2013.
- _____. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/grupo-promete-novo-ato-para-esta-sexta-na-faria-lima>>. Acesso: em 19 dez. 2013.
- _____. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/acao-da-pm-em-manifestacao-e-legitima>>. Acesso: em 19 dez. 2013.
- VIANA, Renata Honório Ferreira Camargo. *Assunção do risco pelo devedor. Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009.

Submissão: 15/08/2014

Aprovação: 09/10/2014

O DIREITO FUNDAMENTAL À ACESSIBILIDADE

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESSIBILITY

Bruno César Antunes Maranhão

bca.maranhão@gmail.com

Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduando em nível de especialização em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Pós-graduando em nível de especialização em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Estagiário de pós-graduação do Ministério Público do Estado do Paraná, lotado na Procuradoria de Justiça Cível – 5ª Grupo Cível. Foi estagiário de graduação do Ministério Público do Estado de São Paulo e Advogado.

RESUMO

Discute-se acerca da acessibilidade e da sua importância para a obtenção do respeito à dignidade da pessoa humana e o alcance da igualdade material, a fim de propiciar uma vida digna aos portadores de necessidades especiais, examinando-se os conceitos de pessoa com deficiência, primeiramente conforme o Decreto Regulamentar n. 3.298/99, e posteriormente de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 186/2008, bem como as normas que tratam acerca do direito fundamental à acessibilidade, que, por tal natureza, não poderão ser ignoradas pelo Poder Público.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Igualdade. Pessoa com deficiência. Direito Fundamental à Acessibilidade.

ABSTRACT

It discusses about the accessibility and their importance for obtaining the respect the dignity of the human person and the achievement of substantive equality, in order to provide a decent life for peoples with special needs, examining the concepts of person with disabilities, first as the regulatory Decree n. 3.298/99, and subsequently in accordance with the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities of the United Nations Organization, ratified in Brazil by Legislative Decree n. 186/2008, as well as rules that deal about the fundamental right to accessibility, which by nature such, could not be ignored by the Public Power.

KEYWORDS

Principle of the Dignity of the Human Person. Principle of Equality. Person with disabilities. Fundamental Right To Accessibility.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Conceito de pessoa com deficiência. 2. A dignidade da pessoa humana. 3. O princípio da igualdade. 4. A acessibilidade como direito fundamental das pessoas com deficiência. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, revela-se em um valor consagrador dos direitos fundamentais essenciais e ínsitos à própria existência do Homem, integrando a acessibilidade esse rol de direitos, a fim de garantir a plena participação e integração social das pessoas com deficiência. Nessa perspectiva, almejando-se respeitar o sacro princípio, o

ordenamento jurídico, mediante normas constitucionais e infraconstitucionais estabeleceu preceitos relacionados à acessibilidade e sua efetivação, correlacionando-se tais dispositivos com o princípio da igualdade, destacando-se a importância das ações afirmativas para o alcance da igualdade material.

A “Constituição Cidadã” proclamou a acessibilidade como direito fundamental das pessoas com deficiência, ressaltando-se a interligação deste com o previsto no artigo 5º, inciso XV, que possibilita a livre locomoção no território nacional, de modo que devem ser eliminadas as barreiras entre os cidadãos com ou sem deficiência. Salienta-se, ainda, a importância da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao sistema jurídico pátrio com status de emenda constitucional, para o avanço das questões relacionadas a esses cidadãos, principalmente ao elaborar uma conceituação de pessoa com deficiência e instituir mecanismos primordiais para a efetivação da acessibilidade.

Desse modo, intenciona-se demonstrar a correlação do direito fundamental à acessibilidade com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como a essencialidade deste direito para as pessoas com deficiência.

1. CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Imperioso salientar-se, antes da análise do conceito de deficiência e sua abrangência, que a legislação, a jurisprudência e a doutrina usam diversas formas para se referir às pessoas em condição deficitária. Em síntese, conforme Mazzilli:

O emprego da expressão *pessoa portadora de deficiência* passou a substituir o emprego de *deficiente*, para dar enfoque à condição de *pessoa*; a seguir, aventou-se substituir a expressão *pessoa portadora de deficiência* por *pessoa com necessidades ou direitos especiais*; mais recentemente, tem havido alguma preferência pela expressão *pessoa com deficiência*. (MAZZILLI, 2012, p. 693).

Ressalta-se, ainda, que a expressão “pessoa com deficiência” foi a adotada pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A Constituição de 1988, em que pese ter estabelecido uma série de direitos às “pessoas portadoras de deficiência”, deixou de elaborar um conceito, tampouco o fez a lei nº 7.853/89, ficando ao encargo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao sistema jurídico pátrio com status de emenda constitucional (artigo 5º, parágrafo 3º da CF/88), aprovada através do decreto legislativo n. 186/2008 e promulgada pelo decreto presidencial n. 6.949/2009, em seu artigo 1º, 2ª alínea, definir que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

O objeto da Convenção, conforme a 1ª alínea do artigo 1º, consiste em:

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.

Entretanto, antes da referida Convenção, inexistia um conceito de pessoa com deficiência na Lei n. 7.853/89, sendo editado para tal um decreto regulamentar que passou a nortear a atuação da Administração Pública, que classificava no artigo 3º, inciso I, a deficiência como:

Toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gerasse incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Conforme lecionam Luiz Alberto David Araujo e Eliana Franco Neme:

(...) a Lei 7853-89 não definia quem era a pessoa com deficiência. Não havia definição legal. Para aplicação da norma, foi editado um decreto regulamentar (na verdade, não regulamentava, mas criava direito). A Administração Pública, então, passou a se utilizar do decreto-regulamentar como fonte normativa, esclarecendo e decidindo quem tinha o direito a ser considerado como pessoa com deficiência, quer para efeito de fixação do salário mínimo existencial (artigo 203, V, da Constituição Federal), quer para o ingresso em concursos pela vaga reservada. Não havia lei. E o tema vinha disciplinado em decreto regulamentar, que criava direitos e obrigações, tema vedado pelo decreto. No entanto, inegavelmente, com ou sem lei, o decreto ajudava a Administração Pública quando a situação era evidente e escancarada, ou seja, quando estava evidente a deficiência. As áreas nebulosas (conceitos acinzentados, por exemplo) não eram contempladas pelo decreto e a negativa de inclusão era seguida pela Administração, o que era equivocado, pois havia conceitos de instrumentos internacionais que poderiam servir de base para a situação. (ARAUJO, L.A.D.; NEME, 2012, p. 719).

Com mais abrangência, a Lei n. 10.098/00, conforme o artigo 2º, inciso III considerava pessoa portadora de deficiência quem, temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo.

Visualiza-se, no entanto, que com o advento da Convenção no sistema interno, a definição de pessoa com deficiência alargou-se, e diferentemente do Decreto Regulamentar n. 3.298/99, não fixou causas e tampouco estabeleceu um rol taxativo para o enquadramento das pessoas com deficiência.

Deste modo para Luiz Alberto David Araujo e Eliana Franco Neme:

O conceito de pessoa com deficiência, para o sistema interno do país passou a ser consagrado na Convenção. Trata-se de conceito envolvente e amplo. A aplicação desse conceito, que ligado ao relacionamento da pessoa com deficiência, não fixa causas. Dessa maneira, a legislação interna deve ser aplicada quando for favorável à pessoa com deficiência. Se a pessoa estiver encaixada no conceito, por exemplo, do decreto regulamentar que disciplinava a matéria até então, pode pedir o seu enquadramento, porque o decreto poderia servir de instrumento para a Administração Pública. Mas o decreto não pode ter o

condão de redefinir o que a Convenção definiu. Se ela não fixou causas, não pode o decreto fazê-lo. (ARAUJO, L.A.D.; NEME, 2012, p. 720).

E, em razão da integração do tratado internacional ao nosso Direito, conforme MAZZILLI “o conceito legal de pessoa com deficiência passou a ser aquele do artigo 1º da Convenção Relativa aos Direitos das Pessoas com Deficiência” (Dec. n. 6.949/09) (MAZZILLI, 2012, p. 685).

Considerando-se, portanto, a previsão feita pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, entende-se que a definição de pessoa com deficiência passou a ser mais abrangente que o Decreto Regulamentar n. 3.298/99, ensejando a inclusão e o reconhecimento de direitos a um feixe maior de pessoas, que antes não se enquadravam nas hipóteses apresentadas pelo Decreto, tratando-se, portanto, de definição ampla e constitucional, de forma a compatibilizar-se com o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se vislumbra em seu artigo 1º, inciso III. E mais do que um ideal, José Afonso da Silva ensina que a dignidade da pessoa humana:

(...) é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visar a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2012, p. 105).

Ressalva-se, igualmente, que a dignidade da pessoa humana, segundo Alexandre de Moraes:

(...) é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária

estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca à felicidade. (MORAES, 2013, p. 18).

A dignidade humana foi expressamente elencada na convenção, sendo que o artigo 3º, alínea “a”, estabelece como princípio: “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”, devendo tal disposição servir de parâmetro interpretativo básico para todas as demais normas. Nesse diapasão, Gustavo Augusto Pereira de Carvalho Rolla leciona que:

Além de parâmetro interpretativo, tal enunciado constitui uma norma, sob a forma de princípio, plenamente vinculativa. Tal norma representa a síntese de todo o conteúdo normativo da convenção, ao evidenciar que o objetivo essencial do tratamento particularizado destinado às pessoas com deficiência não é, como erroneamente se supõe, tratar as pessoas com deficiência como dependentes de auxílio estatal particularizado – esse é o paradigma assistencialista que se pretende superar. O objetivo da particularização do tratamento destinado às pessoas com deficiência é, ao contrário, alcançar a integral promoção da dignidade desse grupo, o que somente ocorrerá se houver o respeito das pessoas com deficiência como sujeitos de direito como todos os demais, garantindo a sua “autonomia”, “independência” e “liberdade de fazer as próprias escolhas”. (ROLLA, 2013, p. 186).

Ainda, acrescenta o autor que as normas referentes à acessibilidade “não devem ser vistas como benesses estatais, mas como meios necessários ao integral respeito da dignidade da pessoa humana” (ROLLA, 2013, p.186).

Portanto, revelando-se a dignidade da pessoa humana um valor espiritual e moral, que em si abarca um conjunto de direitos fundamentais, torna-se, indubitavelmente papel do Estado e dos cidadãos propiciarem o devido respeito a tal postulado universal, sendo a acessibilidade, um requisito essencial para a manutenção da dignidade das pessoas com deficiência, na medida em que possibilita a participação e inclusão destas pessoas na sociedade.

3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê, logo em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (...)”. Igualmente, a Constituição da República disciplina no *caput*, do artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”.

O princípio da igualdade revela-se em verdadeiro condutor do Estado Democrático de Direito, na medida em que estabelece direitos e obrigações análogos a todos os cidadãos, ensinando José Afonso da Silva que:

Aristóteles vinculou a ideia de justiça, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador

tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Cuida-se de uma justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente. No fundo, prevalece, nesse critério de igualdade, uma injustiça real. Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais.

A justiça formal consiste em “um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”. Aí a justiça formal se identifica com a igualdade formal. A justiça concreta ou material seria, para Perelman, a especificação da justiça formal, indicando a característica constitutiva da categoria essencial, chegando-se às formas: a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo os seus méritos; a cada um a mesma coisa. Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extraí que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí por que o legislador, sob “o impulso das forças criadoras do direito [como nota Georges Sarotte], teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico”. Pois, como diz Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”. (SILVA, 2012, p. 214).

Seguindo esse panorama, a Constituição Cidadã tratou de resguardar a garantia de igualdade entre pessoas portadoras e pessoas não portadoras de deficiência, o que denota o grau de comprometimento com os direitos das pessoas portadoras de deficiência (FACHIN, 2013).

E Luiz Alberto David Araujo observa que:

O direito à igualdade surge como regra de equilíbrio dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. Toda e qualquer interpretação constitucional que se faça, deve passar, obrigatoriamente, pelo princípio da igualdade. Só é possível entendermos o tema da proteção excepcional das pessoas portadoras de deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade. (ARAUJO, L.A.D apud FACHIN, 2013, p. 277).

Ressalta-se, nesse sentido, que em determinadas circunstâncias e situações, a fim de se alcançar a efetiva igualdade entre os indivíduos, torna-se necessário a existência da denominada discriminação positiva, mencionando Araujo e Nunes Júnior que:

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-

-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrentes de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas.

Nesse sentido, a disciplina constitucional da posse indígena (art. 231, §2º), o trabalho da mulher (art. 7º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII) e outras tantas regras. (ARAUJO, L.A.D; NUNES JUNIOR., 2012, p. 165).

No que se refere às ações afirmativas, Ribeiro ensina que:

(...) De notar que a Convenção excepciona as políticas de ação afirmativa ou discriminações positivas, ou seja, políticas sociais de apoio e promoção de grupos socialmente desprivilegiados, é dizer: políticas públicas e privadas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação nas suas variadas configurações (racial, de gênero, compleição física etc.) e que também carregam um cunho pedagógico de transformação cultural e social relevantes, ao demonstrarem a utilidade e necessidade de observância dos princípios do pluralismo e diversidade no convívio humano, pioneiramente concebida pelo direito americano e de que é espécie, dentre nós, o sistema de cotas para concursos públicos (art. 37, VIII da CF/88). (RIBEIRO, 2010, p. 40).

Por fim, arremata Álvaro Ricardo de Souza Cruz que:

As ações afirmativas são, pois, discriminações lícitas que podem amparar/resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no direito fundamental de participação na vida pública e privada. Permitirmos acesso a cargos e empregos públicos e privados, mandatos políticos; garantir-lhes acesso à saúde, à educação, à liberdade religiosa e de expressão; todos esses aspectos compõem um substrato essencial da democracia atual. (CRUZ, 2009, p. 159).

Em consonância com o princípio da igualdade, a lei nº 7.853/89, que trata sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências, dispõe no artigo 1º, parágrafo 1º que:

Na aplicação e interpretação desta lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direitos.

Desta forma, entende-se que a acessibilidade e sua efetivação correlacionam-se com o princípio da igualdade, revelando-se de extrema importância a necessidade das ações afirmativas para o alcance da isonomia material entre as pessoas

com e sem deficiência, devendo o deficiente ser tratado desigualmente na medida e proporção de sua desigualdade, tendo certas prerrogativas para que possa encontrar o seu espaço de inclusão social.

4. A ACESSIBILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:

A Constituição da República disciplina no artigo 244 que “a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no artigo 227, parágrafo 2º”.

Por sua vez, o mencionado artigo 227, parágrafo 2º, da Constituição da República, disciplina que “a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”.

Depreende-se das previsões que o comando do artigo 244 é dirigido para logradouros e veículos já existentes, enquanto o artigo 227, parágrafo 2º é direcionado para construção de novos logradouros e fabricação de transporte coletivo.

E ainda, conforme leciona Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

O direito à acessibilidade transformou em direito fundamental do portador de deficiência por meio do artigo 227, §2º, bem como do artigo 221, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. O primeiro diz respeito à chamada acessibilidade arquitetônica urbanística e nas edificações, bem como dos meios de transporte. O outro garante, pelo respeito dos direitos individuais, a acessibilidade do portador de deficiência aos meios de comunicação (CRUZ, 2009, p. 222).

No entanto, as previsões constitucionais não trouxeram o conceito de acessibilidade, sendo esta tarefa atribuída à Lei n. 10.098/00, que definiu o termo como:

Possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

A Lei n. 10.098/00 trata a acessibilidade de maneira inovadora, pois possibilita a “aplicação a contextos muito mais amplos e abandona o estereótipo, tão comumente evocado, de que a acessibilidade é algo que se confunde com rampas e inscrições em Braille” (BARCELLOS; CAMPANTE, 2012, p. 180). Trata-se, assim, do primeiro ato normativo a tratar da acessibilidade das pessoas com deficiência de forma mais ampla e conforme as leis e doutrinas estrangeiras, reconhecendo Barcellos e Campante que:

(...) a concepção da vida social – ao menos para o presente e futuro – deve incluir as características e necessidades de todos, a lei entrelaça a disciplina da acessibilidade ao planejamento e à execução de elementos da urbanização

(art. 3º a 7º), ao desenho e à localização do mobiliário urbano (art. 8º a 10), à construção, ampliação, reforma e organização de edifícios públicos ou de uso coletivo (arts. 11 e 12), e à sua implementação no contexto dos edifícios de uso privado (arts. 13 a 15), dos veículos de transporte coletivo (art. 16), dos sistemas de comunicação e sinalização (arts. 17 a 19) e das ajudas técnicas (arts. 20 e 21). (BARCELLOS; CAMPANTE, 2012, p. 176/177).

E tal conceito liga-se de forma harmônica à garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso XV, de livre locomoção no território nacional (direito de ir e vir), ficando “coarctada quando se impõem barreiras físicas às pessoas com deficiência de circularem livremente pelas ruas, praças, cinemas, teatros, parques da cidade” (RIBEIRO, 2010, p. 83). Aliás, conforme Ribeiro:

Esta questão está inter-relacionada com a noção de meio ambiente, em que se tem sob uma vertente o meio ambiente urbano, e sob outra o meio ambiente do trabalho, de forma que a pessoa com deficiência, para ser preservada a sua dignidade e para ter acesso a um meio ambiente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, como preconiza o art. 225 da Constituição Federal, é preciso de condições de acessibilidade aos locais públicos e de acesso ao público e ambientes de trabalho, a fim de garantir sua auto-determinação e sua saúde mental e psíquica. (RIBEIRO, 2010, p. 83).

A Convenção da ONU trata da acessibilidade como um de seus princípios informadores no artigo 9º, definindo que para possibilitar a plena independência e participação das pessoas com deficiência em todos os aspectos da vida, deverão os Estados tomarem as medidas necessárias a fim de assegurar-las o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Para tanto, o dispositivo clama que os Estados deverão identificar e eliminar os obstáculos e barreiras à acessibilidade, dispondo que tais medidas serão aplicadas a edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho e às informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

Destaca-se, ainda, que os Estados tomarão, dentre outras, medidas para desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público e assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência.

Outrossim, o Estado deve fiscalizar e cuidar para que os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público estejam dotados de sinalização em Braille e em formatos de fácil leitura e compreensão, ofereçam formas de assistência humana ou animal e serviços de mediadores, incluindo guias, leitores e intérpretes

profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público, além de promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso pleno a informações.

Salienta-se, ainda, que o artigo 2º define “Adaptação razoável” como:

As modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretam ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar e exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

O mesmo artigo 2º trata a recusa de tal “adaptação razoável” como discriminação, sendo que este termo, conforme ensina Ribeiro:

(...) poderá ensejar dúvidas no momento de definir o que seja “ônus desproporcional ou indevido”, o que poderá ser superado pela legislação infraconstitucional e pela jurisprudência, tendo como parâmetro os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora, tratando-se de disposição agora constitucional, a interpretação do dispositivo deverá estar pautada no princípio da máxima efetividade, ou seja, interpretar-se num sentido que atribua maior eficácia possível ao texto constitucional, não se permitindo o empobrecimento da Constituição e isto quer dizer: “*in dubio, pro* pessoa com deficiência”. (RIBEIRO, 2010, p. 86/87).

E tratando-se de direito fundamental básico, a acessibilidade não pode sofrer limitações em razão de questões meramente orçamentárias, sendo que “a reserva do possível não pode operar como limite à efetivação de direitos fundamentais” (FARIA e SILVA; SILVA, 2013, p.119).

Ressalta-se, ainda, conforme Lúcio Flávio Faria e Silva e Idari Alves da Silva:

Há de ser feito o controle judicial das esquivas do poder público em adimplir o dever constitucional de acessibilidade, pois, se existe discricionariedade no ato de efetivar as políticas públicas, esta não significa dizer que as políticas serão transformadas em promessas ineficazes. (FARIA e SILVA; SILVA, 2013, p.119).

Nesse sentido:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. (STJ. REsp 811608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007).

Logo, infere-se que o papel do Estado na vida da pessoa com deficiência é essencial, mas como ensina Roberto Bolonhini Junior, essas pessoas não desejam uma política paternalista por parte do ente público, desejam sim ser tratados com igualdade e com o respeito dirigido a qualquer outro cidadão (BOLONHINI JUNIOR, 2010). No entanto, conforme o referido autor é evidente que para o alcançarem essa igualdade, as pessoas com deficiência exigem uma atenção maior por parte do Poder Público, a fim de ser-lhes garantido o respeito à dignidade e aos demais direitos.

Para tanto, o Estado deve promover as políticas públicas elencadas na legislação, destacando-se aquelas previstas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pois tais medidas propiciarão que as pessoas com deficiência ingressem no processo social e interajam com a comunidade.

Destarte, conforme Bolonhini Junior “é função do Estado, por meio de seus órgãos de fiscalização, exigir o cumprimento das normas que garantem as prerrogativas dos portadores de deficiência” (BOLONHINI JUNIOR, 2010, p. 24).

Contudo, omitindo-se o Poder Público na sua missão de garantir o respeito às normas de acessibilidade, ganha destaque a atuação extrajudicial e judicial do Ministério Público, cabendo a esta instituição, conforme Hugo Nigro Mazzilli, “zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos e princípios constitucionais de proteção às pessoas portadoras de deficiência” (MAZZILLI, 2012, p. 693), dispondo de vários instrumentos, como o inquérito civil, compromissos de ajustamento, audiências públicas, expedição de recomendações e ação civil pública, esta última prevista no artigo 2º, da lei n. 7.853/89.

Compreendendo-se, portanto, a acessibilidade, como “o mecanismo por meio do qual se vão eliminar as desvantagens sociais enfrentadas pelas pessoas com deficiência, pois dela depende a realização dos seus demais direitos” (BARCELLOS; CAMPANTE, 2012, p. 176/177), pode-se afirmar que, além de ser direito fundamental, é essencial para o alcance da igualdade material e para o respeito da dignidade das pessoas com deficiência, sendo imprescindível que o Poder Público efetive as políticas públicas a ela relacionadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que a acessibilidade é intrinsecamente relacionada ao artigo 1º, inciso III, que arrola a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; ao artigo 3º que informa ser objetivo fundamental da nossa República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e ao artigo 5º que proclama o direito à igualdade, sendo inconteste o seu reconhecimento como direito fundamental, e que por tal natureza vinculam a sociedade e o Estado, que não devem poupar esforços para que este direito seja efetivado.

Aliás, necessita-se compreender que a real isonomia, incide em tratar diferentemente os desiguais, devendo ser compensada a desigualdade da pessoa com deficiência, além de igualá-la em oportunidades com os demais cidadãos, a fim de assegurar-lhe o efetivo exercício dos direitos individuais e sociais, entre os quais se encontra a acessibilidade.

Amparando os direitos e garantias constitucionalmente previstos, bem como os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a legislação sobre a matéria da deficiência, destacando-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, impõe que o Estado adote medidas que garantam a acessibilidade, ainda, mencionando quais as mais importantes.

Deve, portanto, o Estado promover as políticas públicas referentes à acessibilidade que permitam às pessoas com deficiência o pleno gozo de seus direitos e o respeito aos seus atributos existenciais, de forma que necessitem o menos possível do auxílio de outras pessoas para exercitarem os valores ínsitos a sua condição de sujeito de direitos, sendo que o Estado não poderá omitir-se na sua missão de efetivar o direito à acessibilidade, sob qualquer pretexto, sob pena de vilipendiar os preceitos constitucionais.

Enfatiza-se, por fim, que o respeito, por parte do Estado e da sociedade, dos direitos humanos das pessoas com deficiência, assim como dos demais grupos vulneráveis e minorias, contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, haja vista que é inimaginável a existência e manutenção de uma democracia sem a inclusão de todos.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, L. A. D.; NEME, E. F. Proteção das pessoas com deficiência. In: NUNES JÚNIOS. *Manual de direitos difusos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.
- ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.
- BARCELLOS, A. P.; CAMPANTE, R. R. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S.; LEITE, G. S.; LEITE, G. S. (Coord.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOLONHINI JUNIOR, R. *Portadores de necessidades especiais: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CRUZ, A. R. S. *O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

- FACHIN, Z. *Curso de direito constitucional*. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FARIA E SILVA, L. F.; SILVA, I. A. Acessibilidade como função social da cidade. In: ALMEIDA, G. A.; SOARES JÚNIOR, J.; DICK, M. E. E. A. (coord.). *Direitos das pessoas com deficiência e dos idosos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- LOBO, B. N. L. *O direito à igualdade na Constituição brasileira: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e Constitucionalidade das Ações Afirmativas na Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, A. *Direito Constitucional*. 29ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NUNES JÚNIOR, V. S. (coord.). *Manual de direitos difusos*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.
- REIS, S. C. Justiça social e direito à igualdade no estado democrático de direito: a responsabilidade do estado na consolidação da cidadania. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S.; NEWTON, P. C. C. (coord.). *Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças*. 1ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.
- RIBEIRO, L. L. G. *Manual de direitos da pessoa com deficiência*. 1ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.
- ROLLA, G. A. P. C. A convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência no contexto do direito internacional dos direitos humanos. Premissas interpretativas para a busca da máxima eficácia jurídica e aplicabilidade de suas normas. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S.; NEWTON, P. C. C. (coord.). *Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças*. 1ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 35ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

Submissão: 15/07/2014

Aprovação: 21/10/2014

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS
AÇÕES NEGATÓRIAS DE PATERNIDADE E O
DIREITO À FILIAÇÃO

THE ROLE OF THE PUBLIC MINISTRY IN
ACTIONS FOR NEGATION OF PATERNITY AND
THE RIGHT TO MEMBERSHIP

Gustavo Roberto Costa

gustavoroberto@mpsp.mp.br

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Pós-Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci – SC. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

RESUMO

Neste trabalho, pretende-se trazer à baila a discussão sobre o papel do Ministério Público nas chamadas ações negatórias de paternidade e quais interesses devem ser tutelados pela instituição no bojo dessas ações. O afastamento do critério meramente biológico para a constituição da paternidade deve sempre servir de norte para o Promotor de Justiça, pois o reconhecimento de filho realizado de forma livre e consciente, ainda que ausente o vínculo sanguíneo, é ato irrevogável, e não permite questionamentos posteriores, exceto nos casos expressamente definidos em lei. O direito à filiação é indisponível e, por essa indisponibilidade, deve lutar o membro do Ministério Público, sempre no melhor interesse do filho.

PALAVRAS-CHAVE

Ação negatória de paternidade. Desconstituição. Ministério Público. Filiação.

ABSTRACT

Through this work, we intend to bring up the discussion on the role of the Public Ministry in calls negation paternity actions, and whose interests should be protected by the institution in the midst of these actions. The move away from purely biological criteria for the establishment of paternity must always serve the north to the prosecutor, for the recognition of child held in a free and conscious way, as absent blood bond is irrevocable act, and does not allow subsequent questions except where expressly stated in law. The right to membership is unavailable, and this must fight the unavailability of Public Ministry, always in the best interest of the child.

KEYWORDS

Action for negation of Parenthood. Deconstitution. Public Ministry. Membership.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Das atribuições do Ministério Público no âmbito do processo civil. 2. Da ação negatória de paternidade. 3. Da atuação do Ministério Público nas ações negatórias de paternidade. 4. Do momento do despacho saneador. 5. Do julgamento do feito. 6. Do direito à filiação e da paternidade socioafetiva. 7. Do direito do filho de buscar sua verdade biológica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente arrazoado tem por escopo analisar o fundamento legal da ação negatória de paternidade e qual deve ser a atuação do Ministério Público nos feitos respectivos, para, assim, tentar auxiliar os membros da instituição a tutelar corretamente os interesses em jogo.

Inicialmente, busca-se rememorar qual a função do Ministério Público no âmbito do processo civil em geral; qual a razão de sua intervenção e quais direitos e interesses deve defender.

Aborda-se brevemente a chamada ação negatória de paternidade, prevista no art. 1.601 do Código Civil (CC), os dispositivos que regem o reconhecimento de filho e as possibilidades legais de desconstituição da filiação. Sendo o reconhecimento ato unilateral e irrevogável (CC, arts. 1.609 e 1.610), a anulação posterior é exceção, daí por que suas hipóteses autorizadoras devem ser corretamente analisadas e entendidas, a fim de que situações injustas sejam evitadas.

É importante entender também os interesses que estão presentes nessas ações, e quais deles justificam a atuação protetiva do Ministério Público.

No dia a dia forense tornou-se comum depararmos com ações negatórias de paternidade em que o autor não descreve na petição inicial a presença de alguma das causas viabilizadoras da anulação postulada. Geralmente, o fundamento dos pedidos é somente a ausência de vínculo biológico entre autor e réu, o que, como é notório, não é o bastante para a desconstituição da paternidade, em razão da igualdade entre as relações de parentesco sanguíneas e não sanguíneas (CC, art. 1.593).

Nada obstante, não raramente tais ações têm seu seguimento encampado por Promotores de Justiça, que não se atentam para o fato de que os pedidos – que não têm a correspondente causa de pedir – são juridicamente impossíveis, e as petições iniciais deveriam ser indeferidas, pois ineptas.

Em razão disso – longe de esgotar o tema e sem a pretensão de ganhar a concordância de todos –, detalha-se como deve ser a atuação do Ministério Público nessas malfadadas ações, em todas as fases do procedimento: na manifestação inicial, após o despacho saneador e depois da instrução processual.

Outrossim, faz-se uma breve análise do direito à filiação e sobre a chamada paternidade socioafetiva, e sobre importância de tais institutos jurídicos para o enfrentamento dos pedidos de exclusão da paternidade numa ação negatória.

Finalmente, sublinha-se a possibilidade – admitida pela doutrina e pela jurisprudência – de o filho buscar, a todo tempo, a declaração judicial de sua ascendência biológica, ou seja, sua verdade genética, também direito fundamental, ainda que configurada a paternidade socioafetiva.

1. DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

Como se sabe, a atuação do Ministério Público no processo civil há que ser levada a efeito segundo uma leitura do perfil constitucional da instituição. É necessário que se identifique na causa o motivo de sua intervenção, para a consentânea tutela dos interesses e direitos que o levaram a participar do feito.

No processo civil, o Ministério Público pode ser autor (por legitimação ordinária ou extraordinária), interveniente (em razão da natureza da lide ou da qua-

lidade da parte) ou, em casos excepcionais, réu (como nos embargos à execução em causas que o Ministério Público seja o exequente ou em ações rescisórias de sentenças proferidas em ação civil pública movida pela instituição)¹.

Conforme a Constituição Federal (CF), incumbe ao *parquet* a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*). O mandamento constitucional recepcionou o art. 82 do Código de Processo Civil (CPC), para o qual compete ao Ministério Público – entre outras hipóteses – intervir nas causas em que há interesses de incapazes, naquelas concernentes ao estado da pessoa e quando houver interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte.

Dignos de nota também são os artigos 25, V, e 26, VIII, da Lei nº 8.625/93, e 103, IX, da Lei Complementar Estadual nº 743/93, os quais, em resumo, dão ao Ministério Público a incumbência de manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais.

Da conjugação dos dispositivos citados, nota-se que a atuação do Ministério Público no processo civil é eminentemente protetiva, isto é, ele intervém na ação a fim de tutelar os interesses de uma das partes, em razão de sua vulnerabilidade, ou quando o interesse público exigir.

Enquanto órgão interveniente, sua missão é tutelar direitos ou interesses que, por razões diversas, podem não ser adequadamente defendidos pelas partes. Daí porque deve o órgão do Ministério Público identificar claramente a razão de sua intervenção no feito: zelar pelos interesses consagrados na Constituição e nas leis como mais caros, justificadores de sua rígida e criteriosa supervisão.

No processo civil, então, o objetivo da atuação ministerial será tutelar (a) a indisponibilidade do interesse ligado a uma pessoa, (b) a indisponibilidade de um interesse ligado a uma relação jurídica (p. ex., questão referente ao estado da pessoa) ou (c) interesses de larga abrangência ou repercussão social (p. ex. interesses difusos). “Em todos os casos, trata-se de uma atuação protetiva em relação à defesa do interesse que o trouxe ao processo. Assim, se existe o interesse, a instituição tem de defendê-lo”.²

2. DA AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

A ação negatória de paternidade tem fundamento legal no art. 1.601 do Código Civil, que diz caber “ao marido (leia-se: pai) o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

Trata o artigo do direito daquele que reconheceu falsamente um filho como seu, acreditando erroneamente no vínculo biológico entre ambos.

Num olhar desatento do artigo pode-se ter a falsa impressão de que, assim que o pai desejar, pode colocar em xeque a relação de parentesco que tem com

1 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 25ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2012. p. 84.

2 MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit. p. 90.

o filho. E muitos têm entendido esse comando legal como uma forma de exigir-se judicialmente a realização do exame pericial pelo método de DNA como forma de questionar a paternidade de seus filhos, o que, por óbvio, não está correto.

É notório que diversas ações negatórias de paternidade – às vezes intituladas “de investigação de paternidade” – cumuladas com retificação de registro civil são ajuizadas diariamente, muitas delas sem a mínima condição de admissibilidade, pois ineptas.

Infelizmente, essa prática tem sido bem aceita por Juízes e Promotores de Justiça, que não se atentam para o fato de que tais pedidos são juridicamente impossíveis, como se mostrará abaixo. Pior ainda: muitos autores têm tido êxito nessas ações, deixando-se crianças e adolescentes sem pais, o que é uma violação a seus direitos fundamentais.

A maioria dessas ações é baseada em alegadas “dúvidas” que seus autores dizem ter sobre a paternidade dos filhos, e argumentam que somente o exame de DNA é capaz de dirimi-las.

Já tivemos oportunidade de atuar num caso em que o autor dizia que havia registrado a criança “por razões humanitárias”, mesmo com dúvidas sobre a paternidade. Em outro, o pai alegava que havia iniciado um namoro com a mãe da criança quando ela já estava grávida de oito meses, e reconheceu o infante para acolhê-lo, mas, com o fim do relacionamento, não mais desejava ser seu pai.

Os pedidos, considerando a causa de pedir exposta, são juridicamente impossíveis e mencionadas ações não devem prosperar, senão vejamos.

3. DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES NEGATÓRIAS DE PATERNIDADE

Na linha do que expusemos acima (item “1”), em sendo protetiva a atuação do Ministério Público no processo civil, devemos primeiramente verificar qual a razão que leva a instituição a intervir nas ações negatórias de paternidade.

Quando a ação é ajuizada em face de um incapaz (criança, adolescente ou pessoa interditada judicialmente), a participação do Ministério Público se justifica pela qualidade da parte (CPC, art. 82, I). Nesse caso, deverá o Promotor de Justiça zelar para que seus interesses sejam assegurados, observando-se primordialmente seu direito fundamental à filiação (CF, art. 227, § 6º, e ECA, art. 27).

Mas ainda que a parte ré seja capaz, a atuação será obrigatória em razão da indisponibilidade do direito (questão relativa ao estado da pessoa), de notável interesse público.³

3 Nesse sentido, pronunciou-se recentemente a Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, nos autos do Protocolado nº 0086453/14 (Processo nº 0004773-51.2014.8.26.0664 – 1ª Vara de Votuporanga), que tinha como objeto a recusa de intervenção ministerial em ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro de nascimento: “Presença de fundamento da intervenção. Relação jurídica

E conforme leciona Hugo Nigro Mazzilli⁴:

Intervindo em razão da *natureza da lide*, o Ministério Público defende o interesse pessoal da coletividade. Quando, porém, intervier em razão da *qualidade da parte*, nesse caso terá atuação protetiva à parte.

Pois bem. Identificada a razão que traz o Ministério Público ao feito, deve o Promotor de Justiça verificar, inicialmente, a presença das condições da ação.

Em contrapartida ao supracitado artigo 1.601 do Código Civil, temos diversos outros dispositivos legais que regem a questão trazida a debate.

O art. 1.602 preconiza: “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no registro civil”.

Assim, para todos os efeitos, quando houver o reconhecimento de paternidade no assento de nascimento de uma pessoa, estará comprovada a filiação.

Por sua vez, o art. 1.609, inciso I, estabelece: “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I – no registro de nascimento”.

Digno de nota, ainda, é o disposto no art. 1.610 do mesmo código: “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

Em arremate, o art. 1.604 esclarece: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade no registro”.

Na esteira do que dispõe a lei civil, portanto, o registro que declara a paternidade não pode ser contestado ou alterado, salvo, conforme estabelece o artigo 1.601, provando-se erro ou falsidade no registro, ou seja, por um vício do consentimento ou pela divergência do assento de nascimento com a vontade expressa do pai.

Exemplificando, é o caso daquele que reconhece alguém acreditando falsamente no vínculo biológico existente entre ele e o filho. Ou ainda daquele que foi coagido a realizar o reconhecimento, contra sua vontade. E também nos casos em que, para o registro de nascimento, o suposto pai não anuiu de forma expressa.

Acontece que muitas das ações negatórias ajuizadas sequer narram algum vício do consentimento ou erro ou falsidade no registro para justificar a pretendida retificação. Limitam-se seus autores a alegar que, *possivelmente*, não são os pais (biológicos) dos réus, o que, segundo eles, pode ser provado com a realização do exame genético pelo método de DNA.

Se pais registram seus filhos mesmo sem ter certeza do vínculo sanguíneo, não há erro nem falsidade no registro, e a paternidade afetiva (ou sociológica), assim como a natural, estabelece vínculos definitivos, não passíveis de dissolução.

subjacente: declaratória de parentalidade cumulada com anulação de registro. Presença de interesse público, uma vez que a identidade genética configura direito fundamental, integrante do direito da personalidade, assim como o assento de registro objetiva garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Dirimida a questão, determinando-se a intervenção do Ministério Público, com designação de outro membro da instituição para prosseguir no feito.” (DOE 15/07/2014)

4 MAZZILLI. Op. Cit. p. 100.

Conforme dito acima, o reconhecimento de filho é irrevogável, e não pode ser alterado, salvo nas hipóteses legais (erro ou falsidade), o que precisa estar suficientemente descrito na petição inicial, sob pena de indeferimento (CPC, art. 295, I, e Parágrafo único, I).

O reconhecimento de uma criança como filha é ato dos mais sérios, e, quando realizado livre e conscientemente, obriga a pessoa aos deveres inerentes à paternidade para sempre (CC, art. 1.634), não havendo a possibilidade de desistência posterior.

A doutrinadora Maria Berenice Dias assevera que o ato de reconhecimento de filho, que “gera o estado de filiação, é irretratável e indisponível”, além de ser um ato jurídico *strictu sensu*, sendo inadmissível o arrependimento e não podendo ser impugnado, “a não ser na hipótese de erro ou falsidade do registro”.⁵

Ora, notadamente em casos que envolvam crianças e adolescentes, não pode o membro do Ministério Público, olvidando-se dos princípios da proteção integral (ECA, art. 3º), da absoluta prioridade (ECA, art. 4º) e do melhor interesse (ECA, arts. 6º e 15), manifestar-se “pela citação” – na maioria das vezes menor de idade – em ações judiciais ineptas, passíveis de causar ao réu humilhação e constrangimento.

Mazzilli⁶ comenta:

Atua mal o membro do Ministério Público que procura comportar-se como um *minjuiz*, ou que, invocando a velha concepção de mero *fiscal da lei*, só contempla o que está ocorrendo dentro do processo e, ao final, dá um parecer como mero e desnecessário assessor jurídico do juiz. Na verdade, o papel do Ministério Público – seja como agente ou interveniente – será o de concorrer de maneira *eficiente* para a defesa do interesse público cuja existência justificou seu ingresso nos autos.

Destarte, deve o agente ministerial verificar cuidadosamente se a petição inicial descreve o vício do consentimento ou a falsidade passível de anulação. Caso contrário, deve opinar pelo indeferimento da peça, em razão da impossibilidade jurídica do pedido.

Nesse sentido, em fantástico acórdão, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁷: “Se a causa de pedir da negatória de paternidade repousa em mera dú-

5 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9ª edição – São Paulo, Ed. RT, 2013. p. 388.

6 MAZZILLI. Op. Cit. p. 91.

7 REsp 1.067.438 – RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julgado em 03/03/2009, DJe 20/05/2009. Por ser esclarecedor, vale a transcrição de outras partes importantes da ementa do julgado: “O ajuizar de uma ação negatória de paternidade com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos autos, conforme demonstrado no acórdão impugnado, que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito (...) Uma mera dúvida, curiosidade vil, desconfiança que certamente vem em detrimento da criança, pode bater às portas do Judiciário? Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuida-

vida acerca do vínculo biológico, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC, por carência da ação”.

Crianças e adolescentes são pessoas com todos os direitos e deveres na ordem civil (CC, art. 1º) e a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida (CC, art. 2º). Não são brinquedos, passíveis de descarte a qualquer momento, conforme as mudanças de humor de seus pais.

4. DO MOMENTO DO DESPACHO SANEADOR

Se, após a análise dos pressupostos e requisitos da petição inicial, o Promotor de Justiça entender que a ação é viável, ou seja, que algum dos vícios do consentimento, falsidade ou falsificação do registro, está suficientemente descrito pelo autor, a ação deve prosseguir.

Todavia, após a resposta da parte ré e do despacho saneador, deve o autor indicar as provas através das quais pretende demonstrar seu direito. Se a única prova requerida for o exame de DNA, o Promotor de Justiça deve opinar pelo indeferimento do pedido e pelo julgamento antecipado da lide (pela improcedência), pois o resultado do exame – qualquer que seja – não comprovará o vício do consentimento ou a falsidade do registro (provará somente eventual ausência de vínculo biológico).

Diversamente do que se alega no bojo dessas ações, não é somente o vínculo biológico que estabelece a filiação, de acordo com o disposto no art. 1.593 do Código Civil: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Assim é o brilhante escólio de Paulo Lôbo⁸:

A legislação brasileira prevê quatro tipos de estados de filiação, decorrentes das seguintes origens: a) por consanguinidade; b) por adoção; c) por inseminação artificial heteróloga; d) em virtude de posse de estado de filiação. (...) O direito brasileiro não permite que os estados de filiação não consanguíneos, referidos nas alíneas b e d, sejam contraditados por investigação de paternidade, com fundamento na ausência de origem biológica, pois são irreversíveis e invioláveis, no interesse do filho.

Arremata o autor:

do, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente adstritos ao mundo adulto. Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado”.

8 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8333>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

A paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade. (...) A investigação ou reconhecimento judicial da paternidade tem por objetivo assegurar pai a quem não o tem, ou seja, na hipótese de genitor biológico que se negou a assumir a paternidade. *Portanto, é incabível nas hipóteses de existência de estados de filiação não biológica protegidos pelo direito.* (destaquei)

Quando o autor alega vício do consentimento ou falsidade do registro e não indica provas hábeis para comprovar sua alegação – como a testemunhal, por exemplo –, deve o juiz julgar o feito antecipadamente, na forma do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Conforme a lição de Vicente Greco Filho⁹:

O objeto da prova é sempre o fato controvertido, pertinente e relevante. Se for incontroverso, não há necessidade de prova; tampouco se for irrelevante ou impertinente, pois então não alterará em nada o resultado da causa. Nestes casos, a designação de audiência, com a feitura de provas inúteis, somente prolongaria o feito, com um desgaste enorme para todos.

Assim, o resultado do exame de DNA não será prova eficaz para demonstrar alguma das causas legalmente previstas para a retificação do registro, motivo pelo qual é despiciendo – além de trazer grande constrangimento ao réu –, e deve ser indeferido.

Segundo a Ministra Nancy Andrigui, do Superior Tribunal de Justiça, “Se a causa de pedir repousa no vício de consentimento e este não foi comprovado, não há que se falar em cerceamento de defesa ante o indeferimento pelo juiz da realização do exame genético pelo método de DNA”.¹⁰

5. DO JULGAMENTO DO FEITO

Na hipótese de o feito prosseguir, avançando para a fase instrutória, realizado o exame pelo método de DNA e sendo seu resultado negativo, ou seja, excluindo-se o vínculo biológico entre as partes, deve o *Parquet* analisar detidamente as demais provas dos autos, a fim de verificar se o pedido comporta procedência ou improcedência.

Repise-se, por pertinente: não é o resultado do exame pericial (DNA), por si só, que deve embasar o parecer ministerial. Se for positivo, a ação é improcedente e não há o que se discutir. Mas se for negativo, é necessário que outras provas haja nos autos, que demonstrem, estreme de dúvidas, a presença de *erro ou falsidade do registro*, conforme exige o art. 1.604 do Código Civil.

Nessa toada, um exame pericial que ateste não ter sido o autor quem assinou o assento de nascimento e a oitiva de testemunhas que confirmem o relacionamento estável entre o autor e a genitora do réu, e que não havia como aquele desconfiar

9 GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 2ª volume. 12ª Edição. São Paulo. Saraiva. 1996. p. 182/183.

10 REsp 1022763, Relatora Ministra Nancy Andrigui, 3ª Turma, Julgado em 18/12/2008, Dje 03/02/2009.

da ausência de vínculo biológico com este – por uma infidelidade, v. g. – podem ser provas hábeis para embasar o acolhimento dos pedidos iniciais.

Na ausência de tais provas, ou se forem inseguras e frágeis, a pretensão deve ser julgada improcedente, pois cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito (CPC, art. 333, I).

Para Greco¹¹:

O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo de seu direito.

Perfilhando do mesmo entendimento, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹²: “Reconhecida a paternidade, por escritura pública, levada ao Registro Civil, não há amparo para que o genitor venha ulteriormente a negá-la, ainda que, por exame de DNA, seja excluída a paternidade biológica (...)”.

6. DO DIREITO À FILIAÇÃO E DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A Constituição Federal, com clareza solar, define serem proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art.226, § 7º).

Filiação, de maneira simples – mas precisa –, pode ser entendida como “a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos”.¹³ De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira¹⁴, “O que é essencial para a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe”.

Hodiernamente, a filiação pode ser jurídica, biológica ou socioafetiva. A jurídica é baseada em presunções expressamente previstas em lei (CC, art. 1.597 e se-

11 GRECO FILHO, Vicente. Op. Cit. p. 204.

12 REsp 1098036 / GO, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, 23/08/2011, DJe 01/03/2012. No mesmo sentido: REsp 932.692 / DF, Relatora Ministra Nancy Andrigui, 3ª Turma, Julgado em 18/12/2008, DJe 12/02/2009, onde ficou decidido: “a prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação. O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho”. Igualmente: STJ, REsp 1.059.214, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16/02/2012.

13 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. Direito de Família Contemporânea. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte. Del Rey, 1997, p. 549.

14 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 62-63.

guintes). A biológica não traz maiores dificuldades, pois é aquela calcada no liame genético existente entre pai e filho¹⁵.

A espécie de filiação que tem trazido grande controvérsia – porquanto inovadora – é, indiscutivelmente, a socioafetiva, a qual transcende o dado genético, ingressando no cultural.¹⁶

É a circunstância na qual alguém recebe uma criança como filha, sem possuir com ela vínculo genético, tendo como baliza o sentimento de afeto. Pai, pelo novo perfil constitucional da família, não é somente aquele que cedeu o material genético, mas também quem criou, educou e dispôs ao filho acolhida e carinho, conferindo-lhe um ambiente perfeito para o crescimento saudável e harmonioso. “É o demonstrativo mais sincero de que o afeto fala mais alto do que qualquer prova sanguínea”.¹⁷

Tem-se entendido que na “outra origem”, prevista no art. 1.593 do Código Civil, enquadra-se – entre outras hipóteses – a paternidade socioafetiva, consoante o enunciado nº 256, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Discorrendo sobre a filiação socioafetiva, Carmela Salsamendi de Carvalho¹⁸ sustenta que além da “outra origem” prescrita pelo Código Civil, “a interpretação à luz dos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade entre os filhos, da liberdade do filho ter um pai e uma mãe (inclusive socioafetiva), da afetividade, permitem o mencionado amparo”.

Leciona Maria Berenice Dias¹⁹:

A necessidade de manter a estabilidade da família faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.

Belmiro Pedro Welter²⁰ consigna:

Enquanto a família biológica navega na cavidade sanguínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do fi-

15 CARVALHO, Carmela Salsamendi de. Filiação socioafetiva e “conflitos” de paternidade ou maternidade. Curitiba. Juruá, 2012. p. 99.

16 VILELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. In CARVALHO, Carmela Salsamendi. Op. Cit. p. 109.

17 OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. Paternidade Socioafetiva X Biológica. Revista Plural, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. 53ª Edição. Jan-mar-2013. p. 23.

18 CARVALHO, Carmela Salsamendi. Op. cit. p. 113.

19 DIAS. Op. Cit. p. 381.

20 WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. Ed. RT. RS. 2003. 153.

lho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo.

Zeno Veloso²¹, com a precisão que lhe é peculiar, aduz:

Extrema injustiça seria permitir que o pai pudesse desfazer o estabelecimento da paternidade de um filho, a seu bel-prazer, a todo e qualquer tempo, alegando que o ato não corresponde à verdade. Este gesto é reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo.

Assim, a filiação é direito fundamental, personalíssimo e indisponível. Quando constituída de forma livre e consciente, é indelével.

Na lição de Paulo Lôbo²², “o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente”.

Destarte, na ação negatória de paternidade, além do quanto exposto acima, será necessário que o fiscal da lei, na defesa da indisponibilidade do direito à filiação, afira se entre autor e réu está configurada a paternidade socioafetiva. Ainda que comprovado o vício do consentimento, caso estabelecida a socioafetividade, será impossível a desconstituição requerida.

Ou seja, se a relação de afeto entre pai e filho estiver estabilizada no tempo, nem mesmo o erro demonstrado nos autos será suficiente para a anulação do registro de nascimento.

Maria Berenice Dias²³ argumenta que, na busca da desconstituição do vínculo parental, a questão deve ser equacionada perquirindo-se sobre presença ou não da filiação socioafetiva. “Comprovada esta, ainda que induzido o pai registral em erro, ele é o pai socioafetivo, não havendo como se desconstituir o vínculo parental”.

Nos dizeres de Belmiro Pedro Welter²⁴:

Considerando que a Constituição Federal engendrou a unidade da filiação, assim como a irrevogabilidade da adoção, que é uma forma de filiação socioafetiva (...), conclui-se que a filiação sociológica também é irrevogável. Isso porque, além de assento constitucional (arts. 226, §§ 4º e 7º, e art. 227, § 6º), devem ser observados os princípios da prioridade e da prevalência absoluta dos interesses da criança e do adolescente, conforme art. 227, cabeça, da CM, e arts. 1º, 6º, 15 e 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se, portanto, ao analisar o conjunto probatório da ação, o Promotor de Justiça verificar configurada a paternidade socioafetiva, o parecer ministerial deve ser pela improcedência do pedido.

21 VELOSO. Zeno. Negatória de paternidade – vício de consentimento. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, nº 3, p.75, out.-dez./1999.

22 LÔBO. Paternidade Socioafetiva... cit.

23 DIAS. Op. Cit. p. 409.

24 WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit. p. 194.

7. DO DIREITO DO FILHO DE BUSCAR SUA VERDADE BIOLÓGICA

Em que pese defendermos que, nos casos em que o pai reconhece espontaneamente seu filho – mesmo tendo dúvidas sobre a relação biológica ou plenamente ciente da ausência dessa relação – é impossível a busca pela negatória de paternidade posteriormente, é assente na doutrina e na jurisprudência pátrias que, no interesse do filho, pode haver a busca por sua ascendência genética, ainda que presente a relação socioafetiva.

Por óbvio, se é o filho que se interessa por sua verdade biológica, e considerando ainda que, na maioria das vezes, o reconhecimento pelo pai registral é feito à sua revelia, deve ser dada a ele essa possibilidade, pois o “reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição” (ECA, art. 27).

Maria Berenice Dias²⁵ assevera:

Não há como impedir que o filho busque sua real ascendência genética, independentemente de ter um pai registral. Depois do ECA, ninguém mais duvida que as ações de paternidade são imprescritíveis, não se podendo negar o acesso à verdade biológica pelo só fato de alguém estar registrado em nome de quem não é o seu pai.

Invocamos novamente as precisas lições advindas da corte máxima do direito infraconstitucional brasileiro sobre o tema²⁶: “A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada ‘adoção à brasileira’.”

Portanto, são situações distintas, que merecem soluções distintas: quando é o pai quem procura negar a paternidade, usando como argumento somente a ausência o vínculo biológico, a pretensão deve ser repelida; mas quando é o filho quem pretende buscar sua ascendência biológica, há que lhe ser concedido esse direito, pois vai ao encontro de seus melhores interesses.

25 DIAS. Op. cit. p. 406.

26 REsp 1.167.993 – RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Julgado em 18/12/2012, DJe 15/03/2013. No julgado ficou consignado ainda: “De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho – o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo – quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de “erro ou falsidade”(art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de “adoção à brasileira”, significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.”

CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que no âmbito do processo civil, a atribuição funcional do Ministério Público é zelar pelo interesse que o trouxe ao processo. Sua atuação nessa área é eminentemente protetiva. Se existe o interesse, a instituição tem de defendê-lo.

Não pode o Promotor de Justiça limitar-se a analisar a questão tendo por base somente as alegações e informações trazidas aos autos pelas partes. Deve ele diligenciar para que o interesse justificador de sua atuação seja protegido da forma mais eficiente possível.

A ação negatória de paternidade, calcada no art. 1.601 do Código Civil, que prevê a possibilidade imprescritível de o pai contestar a paternidade de seus filhos, deve ser conjugada com os demais dispositivos que regulam a relação de filiação.

É dizer, do cotejo das disposições concernentes a esse ponto, conclui-se que a negatória somente é viável nos casos de erro ou falsidade do registro (CC, art. 1.604), pois o reconhecimento de filho é ato irrevogável, se praticado de forma livre e consciente (CC, art. 1.610).

Nas chamadas ações negatórias de paternidade, em que se discute a possibilidade de desconstituir-se a relação de filiação, estão presentes questões relevantes, que devem ser tuteladas pelo Ministério Público, como a incapacidade da parte (na maioria das vezes), a questão do estado da pessoa e o interesse público evidenciado pela natureza da lide.

Ao deparar-se com uma ação negatória de paternidade, o Promotor de Justiça tem obrigação funcional de tutelar os interesses do incapaz, quando a parte ré tiver essa qualidade, e também o estado da pessoa, ainda que plenamente capaz.

Deve ele, inicialmente, verificar se estão presentes as condições da ação, principalmente se está descrita na petição inicial alguma das causas autorizadoras da anulação pretendida: erro ou falsidade no registro. Caso não haja a descrição de nenhuma dessas circunstâncias, o pedido é juridicamente impossível, razão pela qual o fiscal da lei deve manifestar-se pelo indeferimento da petição inicial, porquanto inepta.

Na hipótese de estar presente o relato de alguma hipótese passível da desconstituição do vínculo, a ação deve prosseguir. Entretanto, após a resposta do réu e do despacho saneador, o autor tem de indicar os meios de prova pelos quais pretende comprovar suas alegações.

Se a única prova requerida for o exame genético pelo método de DNA, a manifestação ministerial deve ser pelo indeferimento e pelo julgamento antecipado da lide, uma vez que o resultado do exame de DNA – qualquer que seja – não é capaz de demonstrar o erro ou a falsidade do registro. Prova somente a existência ou não de vínculo genético.

Avançando o feito para a fase instrutória, e realizado o exame de DNA, deve o órgão do *Parquet* analisar se os demais elementos produzidos são suficientes para provar o erro ou a falsidade do registro, e não se limitar a verificar o resultado do exame para amparar seu parecer.

O direito à filiação é fundamental, indisponível e imprescritível, e não pode ser desconstituído em detrimento do interesse do filho. Não se confunde com mero vínculo genético, totalmente prescindível para regular as atuais relações de parentesco.

Além do mais, é dever do órgão do Ministério Público verificar, ainda que o resultado do exame de DNA seja negativo e que esteja provado o erro ou a falsidade do registro, se está constituída a paternidade socioafetiva entre as partes. Para grande parcela da doutrina, presente essa circunstância, independente de qualquer outra, será impossível a exclusão da paternidade.

Por fim, o fato de não se poder desconstituir um vínculo entre pai e filho realizado livre e conscientemente – afora as hipóteses legais já mencionadas –, nada impede o filho de buscar em juízo sua ascendência genética, também considerada pela doutrina e jurisprudência pátrias como direito fundamental do ser humano. A paternidade socioafetiva e a verdade biológica não se excluem, pois tem causas e efeitos jurídicos diferentes.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Carmela Salsamendi de. *Filiação socioafetiva e “conflitos” de paternidade ou maternidade*. Curitiba. Juruá, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª edição – São Paulo, Ed. RT, 2013.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 2ª volume. 12ª Edição. São Paulo. Saraiva. 1996.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8333>>. Acesso em: 21 ago. 2013.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2012.
- OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. *Paternidade Socioafetiva X Biológica*. Revista Plural da Escola Superior do Ministério Público. 53ª Edição. Jan-mar-2013. p. 23.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica*. 2, Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. Direito de Família Contemporânea. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte. Del Rey, 1997.
- VELOSO. Zeno. *Negatória de paternidade – vício de consentimento*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, nº 3, p.75, out.-dez./1999.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. Ed. RT. RS. 2003.

Submissão:15/08/2014

Aprovação: 15/08/2014

O LIMITE TERRITORIAL DAS SENTENÇAS
COLETIVAS: A DISCUSSÃO ENTRE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA E A RECENTE MUDANÇA
DE PARADIGMA

THE TERRITORIAL BOUNDARIES OF
COLLECTIVE SENTENCES: THE DISCUSSION
BETWEEN DOCTRINE AND JURISPRUDENCE
AND THE RECENT CHANGE OF PARADIGM

Ricardo Grandisolli Romano

regadvogados@bol.com.br

Advogado, atuante na área cível, família, empresarial e
administrativa.

RESUMO

Este artigo coloca em pauta uma discussão muito acirrada entre doutrina e tribunais: os limites territoriais da coisa julgada nas ações coletivas. Tema assaz polêmico, pois vemos doutrinadores e julgadores com entendimentos diametralmente opostos, sobre que a amplitude deve ser dada aos efeitos de uma sentença coletiva. Em outras palavras, quantos indivíduos em uma decisão, com trânsito em julgado, de caráter metaindividual irão se beneficiar. Hodiernamente, verifica-se que, as cortes judiciais apegam-se a uma interpretação exegética da lei, havendo, contudo, recente decisão que, aparentemente, mostra uma mudança de paradigma, enquanto nossos doutrinantes defendem uma maior amplitude ao texto legal.

PALAVRAS-CHAVE

Ações Coletivas. Território. Jurisdição. Coisa Julgada.

ABSTRACT

This article aims to bring up a very fierce discussion between doctrine and courts: The territorial boundaries of res judicata in collective deeds. A highly polemic subject, we see scholars and judges with understandings that are diametrically opposite, which amplitude must be because of the effects of a collective sentence. In other words, how many individuals in a decision, with res judicata, with a metaindividual character, will be benefitted. In our days, we can see that judicial courts hold up to an exegetical interpretation of the law, though there is now a recent decision that apparently shows a change of paradigm, while our scholars stand by a greater amplitude to the legal text.

KEYWORDS:

Collective Actions. Territory. Jurisdiction. Res Judicata.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2. As ações coletivas no Brasil. 3. Da competência. 3.1. Competência sobre o dano ou ilícito nacional. 3.2. Competência sobre o dano ou ilícito regional. 3.3. Competência sobre o dano ou ilícito estadual. 4. Da coisa julgada no processo coletivo. 5. A limitação territorial da coisa julgada no processo coletivo. 5.1. A mudança de paradigma nos tribunais superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os processos coletivos para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são temas recentes em nosso sistema pátrio que assumem grande importância para a sociedade de massa. O surgimento desse sistema processual pode ser extraído de uma análise histórico-metodológica, baseada no processo civil, que se divide, basicamente, em três fases.

A primeira, oriunda do direito romano, teve sua aplicabilidade até meados de 1868. Nessa fase, não havia uma verdadeira ciência do processo civil, pois os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, conceitos próprios ou métodos. O processo era visto em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos, chegando a ser confundido com mero procedimento ao ser definido como “sucessão de atos” ou “modo de exercício de direitos”¹.

Posteriormente, surge o movimento autonomista ou científico que dura de 1868 até 1950. Seu principal expoente foi Oskar Von Bülow, estabelecendo o rompimento do direito material com o direito processual e a conseqüente independência das relações jurídicas que se estabelecem nessas duas dimensões. Assim, o direito processual atinge sua definição e autonomia, constituindo-se como ramo independente das ciências jurídicas².

A partir desta ideia, houve o surgimento de diversas teorias, entre elas: das condições da ação, legitimidade de partes e etc. Todavia, não havia um senso crítico em suas argumentações fazendo com que os magistrados julgassem com base no processo e não no direito material discutido.

Por conta disso surge a terceira e última fase, que perdura até os dias atuais, chamada de instrumentalista. Nela, o processualista passa a dedicar seus esforços no sentido de tornar mais célere a prestação jurisdicional, sem se afastar dos princípios basilares do direito processual, tendo como consequência, um alargamento dos horizontes do processo³.

Esse momento teve como percussores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em 1988, com a obra “O acesso à justiça”, visando uma reaproximação entre o direito material e o direito processual com vista a, sem perder a autonomia do processo, torná-lo instrumento de acesso à justiça. Nesse sentido, os doutrinadores começaram a sustentar que os ordenamentos jurídicos, de um modo geral, devem observar a três movimentos, ou ondas renovatórias. Analisemos.

O primeiro movimento baseia-se na tutela dos necessitados, na medida em que os processos só virariam um instrumento de acesso à justiça caso fossem disponibilizados aos mais necessitados. Isto, pois, os procedimentos judiciais para a resolução de um conflito acabam por gerar grande dispêndio àqueles que querem se valer do judiciário.

Em seqüência, e de suma importância, verificamos a onda da representação em juízo dos direitos difusos. Aqui, ficou constatado que o direito individual clássico

1 NUNES, Elpidio Donizetti. Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo, e neoprocessualismo. <http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2013/01/12/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo>. Acesso em 29 abr. 2013.

2 JÚNIOR, Salah H. Khaled. *Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais*. <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/issue/view/3>, vol. 05, nº 10, 2010, pag. 26. Acesso em 29 abr. 2013.

3 CICCIO, Alceu. *A evolução do direito processual*. http://www.plananto.gov.br/ccivil/03/revista/ver_81/artigos/Alceu%20rev81.htm. Acesso em 29 abr. 2013.

não era capaz de tutelar três tipos de direitos ou interesses, a saber: a) Direitos de titularidade indeterminada; b) Direitos economicamente desinteressantes do ponto de vista individual e c) Direitos em que a tutela coletiva seja recomendável do ponto de vista da facilidade.

Devido a esta etapa renovatória nasce o processo coletivo, não como negação do processo individual e sim como uma necessidade real de reformular conceitos processuais civis tradicionais, com a finalidade de adequá-los à tutela dos interesses metaindividuais.

Já o último movimento visa uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas na sociedade moderna⁴.

Assim, verifica-se que, a, real e séria, atenção processual aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, é tema recente na esfera jurídica global, principalmente no Brasil, que ainda se debruça para tentar dirimir diversos problemas, aparentemente sem solução.

Dentre esses temas de alta indagação nos deparamos com a eficácia das decisões em ação coletiva, tuteladas no artigo 16º da Lei Federal nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e artigo 2º da Lei Federal nº 9.494/97.

A discussão em comento viveu grande parte de sua existência em um limbo entre doutrina e jurisprudência. Isto, pois, ambas não andavam em compasso de entendimento cabendo, em sucinta conclusão, à doutrina criticar o sistema e à jurisprudência ditar o regramento *ipis literis* do sistema legal, sem qualquer juízo de ponderação.

Contudo, em recente julgado proferido, em 26 de junho de 2012, pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.243.386/RS de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, verifica-se um precedente para que ocorra uma guinada de cento e oitenta graus no entendimento dos tribunais superiores sobre como o tema deve ser tratado.

Portanto, necessária uma introspecção sobre como a evolução do assunto pode mudar a abrangência das decisões coletivas no território nacional.

1. DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Antes de adentrar ao direito processual em espécie, merece especial atenção uma conceituação sobre o que seriam os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Vejamos.

Os direitos difusos têm seu conceito estatuído no artigo 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor e reputam-se serem aqueles transindividuais, de natureza indivisível, e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas

4 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pag. 25.

ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica⁵.

Em outras palavras, bem explica José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo ao explanarem que:

Os interesses difusos não possuem um titular específico, o que impede a visualização de uma relação jurídica que vincule todos os afetados, uma vez que não estão reunidos em uma classe ou categoria. Referem-se a todos os que podem ser titulares *potenciais* da posição jurídica de ameaça ou dano. [...] Outro ponto que identifica esta classe de interesses está na indivisibilidade do seu objeto, o qual não diz respeito a um indivíduo ou uma classe. Esta fluidez do seu objeto leva a outra característica, ou seja, a intensa litigiosidade entre grupos devido ao círculo de interesses abarcado pelos interesses difusos.⁶

Com isso, podemos dizer que os direitos difusos possuem quatro características marcantes, a saber: a) Indeterminabilidade dos Sujeitos; b) Titulares unidos por circunstâncias de fato extremamente mutáveis; c) Alta conflituosidade interna e d) Alta abstração.

Um exemplo bem marcante sobre o tema é a poluição de um rio em determinado local turístico por uma indústria. Nesta situação, é impossível delimitar quantas pessoas bebem desta água (indeterminabilidade), quantas estão em trânsito pela cidade (mutabilidade), a importância da empresa para o desenvolvimento da cidade (alta conflituosidade) e a abstração do tema meio ambiente.

Já, os direitos coletivos têm sua base legal no artigo 81, parágrafo único, inciso II, também do Código de Defesa do Consumidor e foram classificados como direitos 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 base⁷.

Como lecionam José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo:

O interesse coletivo nasce da idéia de corporação, na medida em que são determináveis quanto a um grupo ou categoria. Entretanto, são direitos metaindividuais por não serem atribuídos aos membros de modo isolado, mas de forma coletiva, os quais estão unidos por uma mesma relação jurídica base. [...] Existe um vínculo jurídico que os une, o que demonstra a necessidade de organização e coesão. A identificação destes elementos, ou seja, mínimo de organização, afetação a um grupo determinado e vínculo jurídico impede a confusão estabelecida com os interesses difusos.⁸

Do mesmo modo, podemos extrair quatro características que marcam os direitos coletivos, são elas: a) Titulares indeterminados de *per si*, mas determináveis

5 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, pag. 78.

6 ARAÚJO, Fábio Caldas. MEDINA, José Miguel Garcia. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. Vol. 4, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.369.

7 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, loc. cit.

8 ARAÚJO, Fábio Caldas. MEDINA, José Miguel Garcia. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. Cit.*, p. 368

por grupo; b) Indivíduos unidos por circunstâncias jurídicas entre si ou com a parte contrária; c) Baixa conflituosidade interna e d) Menor abstração.

Note-se que, a principal diferença entre os direitos difusos e coletivos é a relação jurídica. Tem-se como exemplo a Súmula nº 643⁹ do Supremo Tribunal Federal que diz: “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”⁹. O caso é típico de interesse coletivo, tendo em vista que os titulares do direito em questão serão os estudantes daquele colégio específico.

Pelos direitos individuais homogêneos, com previsão legal no artigo 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, podemos extrair que se tratam de direitos, em sua essência, individuais que, diante de fato jurídico base conecta a todos os interessados, permitindo que estes tutelem o pedido de modo coletivo¹⁰.

Em realidade, a positivação desse sistema visa à possibilidade de se tutelar coletivamente direitos individuais padronizados ou antieconômicos, pelos seguintes motivos: a) Economia Processual; b) Redução de custos para a parte; c) Evita decisões contraditórias; d) Unificação do movimento; e) Ampliação do acesso à justiça.

Os aspectos importantes sobre esses direitos são a determinabilidade dos sujeitos na fase executória da sentença coletiva, uma pretensão de origem comum e a existência de uma tese jurídica comum e geral. Pode-se pegar como exemplo as ações movidas contra as instituições financeiras visando à restituição dos expurgos inflacionários.

Cumpram-se ressaltar, oportuna observação de Fredie Didier Júnior. E Hermes Zaneti Júnior ao mencionar lição de Kazuo Watanabe que diz:

Origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que tornam a ‘origem comum’ de todos eles.¹¹

2. AS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

A primeira fonte a tratar sobre o processo coletivo no Brasil foi a ação popular, inserida em nossa Constituição Federal de 1934 no seu artigo 113⁹, inciso XXXVIII.

Cumpram-se dizer que, tal instrumento tem antecedente no direito romano, com a ação popular em defesa das *rei sacrae*, *rei publicae*. Ou seja, ao cidadão era

9 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 643. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servi_co=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601700. Acesso em 02 de maio de 2013.

10 ARAÚJO, Fábio Caldas. MEDINA, José Miguel Garcia. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. Vol. 4, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.366.

11 WATANABE, Kazuo, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 2006. In: DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, pag. 81.

atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento, do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos *lato sensu*, não só em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a República pertencia ao cidadão romano e era seu dever defendê-la¹².

Na legislação pátria, a ação popular tutelava autêntico interesse transindividual, pois o cidadão exercia a pretensão constitutiva negativa para invalidar todo ato lesivo praticado em desfavor do patrimônio público¹³.

Entretanto, tal instrumento era uma reminiscência do direito romano, sendo utilizada apenas por um único cidadão no polo ativo para a defesa do patrimônio público e nada mais.

Posteriormente, em meados da década de setenta, as ações coletivas (re) surgiram por influência direta dos estudos dos processualistas italianos. Isto, pois, na época, havia no País um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, tendo em vista que vivíamos a redemocratização e a valorização da atividade do Ministério Público nos pleitos cíveis¹⁴.

Com isso, surge a lei da política nacional do meio ambiente (Lei nº 6.938) de 1981, que exigia, para a defesa do meio ambiente, a criação de uma ação civil pública. Desse modo, em 1985, promulgou-se a Lei nº 7.347, sendo a primeira a tratar, efetivamente, do tema processo coletivo, inaugurando uma nova fase do processo civil, em que se começa a abandonar a visão individualista do processo e passa-se a vê-lo como apto a tutelar também interesses coletivamente considerados¹⁵.

Essa ferramenta teve sua potencialização com o advento da Constituição Federal de 1988 que teve papel fundamental na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, uma vez que ampliou o objeto da ação popular, permitindo a sua utilização para a preservação do meio ambiente e da moralidade administrativa; previu a possibilidade do mandado de segurança coletivo; e por fim dispôs expressamente sobre a legitimidade para tanto¹⁶. Essa ampliação pode ser verificada no artigo 5º da Carta Magna, em seus incisos LXX e LXXIII¹⁷.

12 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, pag. 25.

13 ARAÚJO, Fábio Caldas. MEDINA, José Miguel Garcia. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. Vol. 4, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.393.

14 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Op. Cit.*, pag. 29.

15 PINHO, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_tutela_coletiva_e_os_novos_direitos.pdf. pag. 04. Acesso em 16 mai 2013.

16 *Ibidem*, pag. 05.

17 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 [...]; LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Após a criação de nossa Lei Maior, tivemos a criação de diversos institutos que buscaram complementar o sistema coletivo, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) e, o mais importante, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Sua relevância se dá pelo fato de ter alterado diversos dispositivos da Lei de Ação Civil Pública e, também, regulamentou no ordenamento pátrio a ação coletiva nos seus artigos 91^a a 100^o¹⁸.

Não menos importante, deve-se ressaltar, que os institutos supra mencionados se intercomunicam, interpenetram-se e subsidiam-se, compondo um microsistema independente do Código de Processo Civil, que é aplicado de forma residual. Nesse diapasão, os principais diplomas que acompanham todo e qualquer procedimento que se instaure a título de processo metaindividual, são: a) Lei de Ação Civil Pública e o b) Código de Defesa do Consumidor¹⁹.

Ambas as leis formam o núcleo, o centro valorativo do microsistema de processo coletivo, pois suas normas não só servem para franquear a comunicação direta entre seus institutos, como também irradiam aplicabilidade a todos os outros diplomas legislativos que compõe o microsistema²⁰.

3. DA COMPETÊNCIA

Ao se falar em competência no processo coletivo, devemos nos voltar a dois dispositivos legais estatuídos na lei de ação civil pública e no código de defesa do consumidor, a saber: artigo 2^o e artigo 93^o, respectivamente²¹.

A lei estabeleceu regras especiais de competência para as ações civis públicas ou coletivas, com o escopo de facilitar a defesa dos interesses transindividuais em juízo²².

Isso ocorre, pois, a competência é um dos elementos básicos do devido processo. Como a ação coletiva atinge direitos que pertencem a coletividades, muitas

18 PINHO, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE. Op. Cit. Pag. 05.

19 CAMARGO DE AZEVEDO, JÚLIO. *O microsistema de processo coletivo brasileiro: Uma análise feita à luz das tendências codificadoras*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Vol. 02. São Paulo. ESMP, 2012. pag. 118.

20 Ibidem, pag. 118.

21 Art 2^o: As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo Único: A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. Art. 93^o: Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local: I- no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II- no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

22 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pag. 271.

delas compostas por pessoas que não possuem qualquer vínculo entre si, além de estarem espalhadas por todo o território nacional, é preciso ter muito cuidado na identificação das regras de competência²³.

Por conta dessa precaução, o legislador acabou por utilizar um critério composto para a fixação da competência: o territorial e o funcional. Aparentemente, tem-se a impressão de que eles se colidem, pois o local do dano conduz à competência relativa, que é prorrogável; enquanto a competência funcional conduz à competência absoluta, para priorizar a higidez do próprio processo²⁴.

Por conta disso, temos uma acirrada discussão doutrinária, sobre qual seria a modalidade de competência é aplicável no processo coletivo. Vejamos.

Corrente doutrinária, majoritária, tendo como expoente Enrico Tullio Liebman, entende tratar-se de uma competência funcional. Neste sentido, leciona Ricardo de Barros Leonel, ao dizer:

No processo coletivo, a legislação faz referência ao local do dano, ou da ação ou omissão, como determinantes da competência, dando impressão inicial de tratar-se de competência territorial e relativa. Mas essa impressão é incorreta. As normas que tratam da matéria indicam que se trata de competência “funcional”, absoluta, e por consequência inderrogável, improrrogável, podendo ser examinada de ofício pelo julgador em qualquer tempo e grau de jurisdição. Pode ser impugnada a incompetência na própria contestação, independentemente de exceção ritual, sem que haja a suspensão do processo (como ocorre na impugnação da incompetência relativa por meio de exceção). Pode também ser questionada posteriormente, por petição autônoma ou mesmo em outra qualquer manifestação (memoriais antes do julgamento, razões de recurso, etc.).²⁵

Seguindo a mesma linha de raciocínio temos José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni que propagam a seguinte ideia:

A competência para a apreciação a ação civil pública é regulada pelo local do dano, a qual será exclusiva, portanto, absoluta. Trata-se de competência funcional estabelecida pelo *caput* do art. 2º da LACP, o que impede a *perpetuatio jurisdictionis* e cuja desobediência constitui causa para o ajuizamento de futura ação rescisória.²⁶

23 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, pag. 141.

24 LUZ, Maíra Carvalho. *A competência no art. 2º da Lei de Ação Pública – competência territorial absoluta ou competência territorial funcional?* Disponível em: https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91/competencia%20no%20art%202_Luz.pdf?sequence=1. Acesso 20 mai. 2013. pag. 464

25 LEONEL, Ricardo de Barros. *Ações Coletivas: notas sobre competência, liquidação e execução*. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/81xcxb.pdf>. Acesso em 21 mai. 2013. pag. 07.

26 ARAÚJO, Fábio Caldas. MEDINA, José Miguel Garcia. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. Vol. 4, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.383.

De outra banda, doutrinadores puxados por Fredie Didier Júnior e Hermes Zanetti Júnior, defendem que a competência no processo coletivo é territorial absoluta. Para tanto, afirmam o seguinte:

O legislador brasileiro e parte da doutrina nacional adotam, em alguns momentos, a concepção chiovendiana, segundo a qual também se visualiza a competência funcional *quando uma causa é confiada ao juiz de determinado território, pelo fato de ser a ele mais fácil ou mais eficaz exercer sua função*. Cria-se, então, uma competência territorial funcional. [...] A doutrina recente já vem percebendo o equívoco de qualificar a competência territorial na ação coletiva como competência funcional. Tem-se preferido designá-la como competência territorial absoluta. [...] A lei qualifica a competência do foro do local do dano como *funcional*, exatamente para que não pare dúvida sobre a natureza de ordem pública desta regra.²⁷

Acompanhando esse entendimento Américo Bedê Freire Júnior ensina que:

Insta frisar que, apesar de a doutrina majoritária apontar que o critério adotado para a fixação do local do dano como competente para a ação civil pública ser o critério funcional, filio-me aos que sustentam que, na verdade, estamos diante de uma hipótese de competência territorial, mas que o legislador resolveu, como, por exemplo, no caso do artigo 95º do CPC, dar um tratamento de competência absoluta. O critério adotado é o territorial e não o funcional. A interpretação literal do artigo 2º da lei de ação civil pública não pode prosperar. [...]. Ora, o critério adotado, ou seja, local do dano é critério territorial, não podemos tratá-lo, portanto, como se critério funcional fosse, simplesmente porque o legislador equivocou-se ao chamar de funcional o que efetivamente é territorial.²⁸

Discussões à parte, existem situações em que o dano pode desencadear-se em mais de uma localidade. Neste caso, a competência para conhecer do processo coletivo será o juízo de qualquer um destes locais, que será no molde do parágrafo único do artigo 2º da lei de ação civil pública prevento para qualquer outra demanda que tenha a mesma causa de pedir ou pedido.

Todavia, quando o dano se estender ao âmbito regional, estadual ou nacional, o regramento exarado pelo dispositivo supracitado não deve ter aplicação tendo em vista que, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 93²⁹, dispõe de regra específica sobre o tema, conforme se verificará.

27 Ibidem, pag. 142 e 143.

28 JÚNIOR, Américo Bedê Freire. *Aspectos processuais da tutela coletiva*. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n7/2.pdf>. Acesso em 21 mai. 2013. pag. 45.

29 Art. 93º: Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I- no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II- no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

3.1. Competência sobre o dano ou ilícito nacional

Como já narrado, em razão do microsistema coletivo, quando do estudo sobre a competência do dano ou ilícito nacional, o Código de Defesa do Consumidor é o parâmetro para solução do problema. Isto, pois, detém regramento legal sobre o tema em seu artigo 93º.

Em uma primeira análise do dispositivo, surgiram duas correntes com entendimento opostos. A primeira, de quem faz parte Hugo Nigro Mazzilli defendia que houvesse a existência de foros concorrentes: capital dos Estados-membros e do Distrito Federal. Já a segunda, defendida por Ada Pellegrini Grinover, aduzia que, a competência seria exclusiva do foro do Distrito Federal.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça tratou de pacificar o tema no julgamento do Conflito de Competência 26.842-DF, cujo acórdão foi publicado em 05 de agosto de 2002. Os foros das capitais dos Estados-membros e o do Distrito Federal possuem competência concorrente para processar e julgar ações coletivas cujo dano é de âmbito nacional³⁰.

Vale colecionar o voto do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha que se manifesta sobre o tema da seguinte forma:

A controvérsia está na exegese do inciso II, do art. 93º, do Código de Defesa do Consumidor, inserida no capítulo que trata “*Das ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos*” que assim dispõe: [...]. Na hipótese dos autos, não paira discussão alguma sobre o dano ser de âmbito nacional a reclamar a defesa coletiva dos consumidores, o que assim atrai a incidência do disposto no inciso II do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. [...] Já quando o inciso II do referido artigo se refere aos danos de âmbito regional, dirige-se àqueles danos que se espraiam em mais de um Estado-Membro, ou em um ou mais Estado-Membro e também no Distrito Federal, pois a inclusão aí do Distrito Federal decorre da mera equiparação que lhe é feita a um ente federativo assemelhado a um Estado-Membro. [...] Por seu turno, quando tal dispositivo fala em danos de âmbito nacional, está se referindo aos danos que atingem todo o território nacional. *Destarte, sendo o dano de âmbito nacional, a ação poderá ser proposta em qualquer Estado-Membro ou no Distrito Federal, no que mais conveniente for ao autor.*³¹

Desse modo, em sendo o dano ou ilícito de âmbito nacional a competência concorrente deverá ser fixada por meio da prevenção, por força do estatuído pelo parágrafo único do artigo 2º da LACP e pelo §5º do art. 17º da Lei nº 8.429/92, introduzidos ambos pela Medida Provisória nº 2.180-35/01. Segundo esses disposi-

30 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, pag. 146.

31 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IMGD&sequencial=1528740&num_registro=199900693264&data=20020805&formato=PDF. Acesso 21 mai. 2013.

tivos, a propositura da ação civil pública prevenirá a jurisdição para todas as ações posteriormente intentadas, se tiverem a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto³².

3.2. Competência sobre o dano ou ilícito regional

Em se tratando de dano ao ilícito de âmbito regional, será competente para o conhecimento e julgamento da demanda coletiva, a capital do estado quando os efeitos produzidos pelo dano ganharem foros de regionalidade, independentemente de a comarca da capital do estado ter sofrido ou não tais efeitos, visto que, nessa hipótese, ante o número razoável de comarcas, atingidas por aqueles efeitos, traduzir-se-á em interesse da sociedade do Estado a resolução do conflito, importando que a capital seja sede da demanda em face da relevância configurada pelo vulto do dano³³.

Entretanto, cumpre observar a crítica doutrinária feita por Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior no sentido de que não existe uma definição sobre o dano regional, podendo ser compreendido como aquele que abarca uma das regiões do país; ou ainda um dano que atinja um número mínimo de comarcas.

Desse modo, seria mais adequado que a competência fosse atribuída a um dos juízos das comarcas envolvidas, aplicando-se o princípio da competência adequada, prestigiando-se ao máximo o juízo de uma das comarcas envolvidas na situação. Isto, pois, os juízos das capitais ficam muito distantes das localidades, causando dificuldade na produção de provas, além de não estarem vinculados à história dos locais em questão³⁴.

3.3. Competência sobre o dano ou ilícito estadual

Ao que pese o dano ou ilícito estadual os estudos não se aprofundam no tema, arguindo apenas que não há previsão expressa que trate do assunto, cabendo realizar uma aplicação analógica à regra do dano ou ilícito de caráter nacional. Ou seja, caberia a qualquer uma das respectivas capitais a competência para o processamento e julgamento do processo coletivo.

32 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pag. 294.

33 ALMEIDA, Renato Franco de., GAMA, Paulo Calmon Nogueira da., COELHO, Aline Bayrel, *A competência nas ações coletivas do cdc*. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/611/791>. Acesso em 21 mai. 2013.

34 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, pag. 147.

4. DA COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

A coisa julgada no processo coletivo encontra previsão legal em quatro dispositivos do microsistema, a saber: a) artigos 103º e 104º do Código de Defesa do Consumidor, b) artigo 16º da Lei da Ação Civil Pública e c) artigo 18 da Lei da Ação Popular.

Quando da abordagem do processo civil de caráter individual, verifica-se que a coisa julgada é pro ou contra com efeitos apenas *inter partes*, conforme expresso no artigo 472º do Código de Processo Civil. Em outras palavras, a imutabilidade dos efeitos da decisão se depreende quando eu ganho ou perco, não podendo se discutir a mesma relação jurídica, sendo seus efeitos aplicáveis entre as partes da demanda.

Já, no processo coletivo, a coisa julgada possui características bem distintas.

Tomando em consideração as disposições dos artigos 103º e 104º do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se pela vocação das ações coletivas para a formação da coisa julgada com eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, no que tange à defesa dos interesses difusos e coletivos, respectivamente. A natureza metaindividual dos interesses difusos e coletivos propicia um efeito expansivo natural da coisa julgada. Este regime diferenciado também engloba a tutela dos direitos individuais homogêneos³⁵.

Outra característica peculiar do processo coletivo no que diz respeito à coisa julgada *secundum eventum probationis*. Essa terminologia implica dizer que, em se tratando de processo coletivo para a defesa de interesses difusos e coletivos, a sentença que julgar improcedente o pedido por falta de provas não terá os efeitos da coisa julgada. Ou seja, nova ação poderá ser intentada caso haja novas provas que possam modificar o entendimento anteriormente exarado.

Saliente-se que, conforme melhor doutrina, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a improcedência do pedido por falta de provas implicará na coisa julgada, não sendo possível nova ação, mesmo que hajam novas provas.

Por fim, e não menos importante, deve-se lembrar que a coisa julgada coletiva, em todos os interesses transindividuais, nunca prejudica as pretensões individuais.

Lembramos que os processos coletivos têm dupla finalidade: tutelar novos direitos e resolver litígios repetitivos. Justamente por isso, considerando a maior certeza nos juízos de procedência, o código de defesa do consumidor estabeleceu que a coisa julgada coletiva estende seus efeitos ao plano *individual in utilibus*: o indivíduo poderá valer-se da coisa julgada coletiva para proceder à liquidação dos seus prejuízos e promover a execução da sentença (artigo 103º, §3º). Trata-se do denominado *transporte in utilibus da coisa julgada para o plano individual*³⁶.

Isso significa dizer que, se por um lado, a sentença coletiva de improcedência do pedido não produz efeitos na esfera individual, não prejudicando as pre-

35 ARAÚJO, Fábio Caldas. MEDINA, José Miguel Garcia. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. Vol. 4, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.375.

36 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. Op. Cit. pag. 392.

tensões individuais (artigo 103^a, §1^o, código de defesa do consumidor), por outro, a sentença de procedência nas ações para tutela de direitos difusos e coletivos e coletivos *stricto sensu* poderá ser liquidada e executada no plano individual sem a necessidade de um novo processo para a afirmação do que é devido.

Contudo, apesar de ser elaborada com o objetivo de facilitar o acesso ao judiciário, uniformizar entendimentos sobre determinado assunto, e prezar pela igualdade entre todos os envolvidos, a coisa julgada, vinha, até recentemente sofrendo com inexecutáveis e inúteis alterações legislativas, como se verá no próximo tópico.

5. A LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

Como já visto, em se tratando de processo civil individual, a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes que participaram da demanda. Essa regra, contudo, não se adapta às necessidades, exigência e peculiaridades inerentes à tutela dos direitos transindividuais³⁷.

Por conta disso, a redação originária do artigo 16^o da lei de ação civil pública, guiada pelo artigo 18^o da lei da ação popular, dispunha que a coisa julgada, nos processos coletivos, deveria ser *erga omnes*, salvo improcedência pro falta de provas, caso em que outra ação poderia ser ajuizada, com base em nova prova³⁸.

Pela leitura do dispositivo, infere-se que a eficácia da coisa julgada em sede de Ação Civil Pública não ficava restrita às partes da demanda, alcançando todos os indivíduos prejudicados que se encontrassem na mesma situação que havia sido objeto de discussão na demanda coletiva, desde que os mesmos fossem concretamente afetados pelo dano cuja ação civil pública almejava ressarcir ou reparar³⁹.

Contudo, por meio da Medida Provisória nº 1.570-5/57, que transformou-se na Lei 9.494/97, o Governo Federal reestruturou o texto do artigo 16^o da lei de ação civil pública. A redação do dispositivo limitou o alcance, a eficácia da sentença coletiva, com trânsito em julgado, à circunscrição territorial do órgão que prolatou a decisão⁴⁰.

37 FIGUEIREDO, Mariana Corrêa. *Coisa julgada na ação civil pública: Abrangência nacional ou limitação territorial?* Disponível em http://www.ufpi.br/subsiteFiles/raj/arquivos/files/raj201106_mariana.pdf. Acesso em 22 mai. 2013. pag. 80.

38 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em 22 de mai. 2013. pag. 11

39 FIGUEIREDO, Mariana Corrêa. loc. cit.

40 Assim dispunha o antigo texto do artigo 16^o da Lei de Ação Civil Pública: Art. 16^o: A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

E assim ficou o dispositivo com a alteração da Lei 9.494/97: Art. 16^o: A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Essa alteração gerou severas críticas por parte da doutrina que entende tal dispositivo legal inócuo tendo em vista a finalidade da ação civil pública.

Ressalte-se que o artigo em tela foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade de nº 1.576-1/DF baseada na falta dos pressupostos constitucionais autorizadores de relevância e urgência para a conversão da Medida Provisória que alterou dispositivo processual vigente há mais de uma década, sem contestação de qualquer tipo⁴¹.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, julgou liminarmente a constitucionalidade da alteração. Para o Ministro Marco Aurélio, relator da referida ação, a modificação do artigo ocorreu devido à necessidade de se harmonizar o sistema judiciário brasileiro, especificando-se o real sentido da expressão *erga omnes* contida no dispositivo em comento, que, segundo o mesmo, já era limitada pela competência territorial do juízo prolator da decisão desde sua primitiva redação. Por fim, o ministro conclui em seu voto que não há que se falar em esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário, e sim, procura demonstrar que, em se tratando de direitos coletivos, a menção à eficácia *erga omnes* do julgado não alcança situações concretas ocorridas além das fronteiras fixadoras do juízo⁴².

Esse entendimento propagado pelo Supremo Tribunal Federal não tem eco na máxima doutrina que externa ádua crítica ao novo texto legal.

Nessa esteira temos Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior que assim se pronunciam:

Atualmente, sabe-se que é plenamente possível a análise dos dispositivos legais sob a perspectiva do princípio da razoabilidade. As leis não de ser razoáveis, proporcionais, e somente assim podem ser aplicadas. A doutrina do *substantiva due process* *f* *Law*, surgida nos Estados Unidos da América, já apontava para a direção da possibilidade de controle do conteúdo das leis a partir dessa perspectiva. [...] Os dispositivos são irrazoáveis, pois impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça, mesmo que sejam demandas iguais, envolvendo sujeitos em igualdade de condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes e até conflitante em cada uma delas. Trata-se de evidente apropriação do direito processual pelo “Príncipe Estado”, óbvio abuso do poder de legislar excepcionalmente atribuído ao Poder Executivo e que, no Estado Democrático de Direito, deveria ter vedado o uso do poder como fosse seu “Soberano” ou “Supremo Magistrado”⁴³.

41 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pag. 284.

42 FIGUEIREDO, Mariana Corrêa. *Coisa julgada na ação civil pública: Abrangência nacional ou limitação territorial?* Disponível em http://www.ufpi.br/subsiteFiles/raj/arquivos/files/raj201106_mariana.pdf. Acesso em 22 mai. 2013. pag. 81.

43 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, pag. 150.

Junto a eles filia-se Hugo Nigro Mazzilli que demonstra sua irresignação da seguinte maneira:

A alteração trazida ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública pela Lei n. 9.494/97 consistiu em introduzir a locução adverbial “nos limites da competência territorial do órgão prolator, pretendendo-se assim limitar a eficácia *erga omnes* da coisa julgada no processo coletivo. Trata-se de acréscimo de todo equivocado, de redação infeliz e inócua. O legislador de 1997 confundiu limites da coisa julgada (cuja imutabilidade subjetiva, nas ações civis públicas ou coletivas, pode ser *erga omnes*) com competência (saber qual órgão do Poder Judiciário esta investido de uma parcela da jurisdição estatal); e ainda confundiu a competência *absoluta* (de que se cuida no art. 2º da LACP) com competência *territorial* (de que cuidou na alteração procedida no art. 16, apesar de que, na ação civil pública, a competência não é territorial, e sim absoluta).⁴⁴ (grifo nosso)

Figura, ainda, na vertente crítica ao artigo 16º da lei da ação civil pública, como bem relata Mariana Corrêa de Figueiredo, Ada Pellegrini Grinover que afirma ter o legislador pecado, primeiramente, pela intenção, haja vista que restringir o alcance da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, contrariando toda a filosofia dos processos coletivos, que se prestam à resolução molecular dos conflitos de interesses⁴⁵.

Todavia, mesmo com essas severas apreciações sobre a alteração legislativa, os tribunais superiores acabaram por seguir entendimento diametralmente oposto acolhendo o artigo em sua totalidade.

Isso pode ser verificado em inúmeros julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, como o proferido pelo Ministro Herman Benjamin que assim explica suas razões:

Conforme consignei na decisão agravada, O STJ entende que “a sentença proferida em ação coletiva *somente surte efeitos nos limites da competência territorial do órgão que a proferiu*, e exclusivamente em relação aos substituídos processuais que ali eram domiciliados à época da propositura da demanda (AgRg. no REsp 1279061/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 26/04/2012). [...] O tema já foi levado à Corte Especial, que entendeu pela legalidade do disposto no art. 2º da Lei 9.494/1997, a despeito de não poder ter sido aplicado à hipótese julgada⁴⁶. (grifo nosso)

44 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pag. 285.

45 GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do ante-projeto*. 8. ed. rev. ampl. e atual. conforme o novo código civil. In: FIGUEIREDO, Mariana Corrêa. *Coisa julgada na ação civil pública: Abrangência nacional ou limitação territorial?* Disponível em http://www.ufpi.br/subsiteFiles/raj/arquivos/files/raj201106_mariana.pdf. Acesso em 22 mai. 2013. pag. 81

46 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº. 254.411/RS. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=28123434&sReg=201202372059&sData=20130508&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em 22 mai. 2013.

No mesmo diapasão temos o Ministro Mauro Campbell Marques dando seu voto nesse sentido:

Quanto à aludida ofensa aos artigos 100, IV, a, 515, §1º, 535, II, do CPC, 1º, §1º e 2º da Lei n. 1.533/51, 1º, §1º, da Lei n. 12.016/2009, não merece prosperar a pretensão do recorrente, porquanto este colegiado tem o entendimento no sentido de que a sentença proferida em ação coletiva somente surte efeito nos limites da competência territorial do órgão que a proferiu e exclusivamente em relação aos substituídos processuais que ali eram domiciliados à época da propositura da demanda.⁴⁷

Ante tal situação, o Supremo Tribunal Federal, buscando de alguma forma mitigar o artigo 16º da lei de ação civil pública, exarou, o seguinte julgado colacionado por Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior:

A Turma deu provimento a recurso em mandado de segurança para determinar que o STJ, afastada a preliminar processual que deu margem à extinção do processo, prossiga no julgamento do mesmo como entender de direito. Tratava-se, na espécie, de mandado de segurança coletivo ajuizado pelo Sindicato Nacional dos Procurados da Fazenda Nacional – SINPROFAZ, em favor de seus sindicalizados, julgado extinto sem julgamento do mérito pelo STJ, em razão da ausência, na petição inicial, da relação nominal dos associados com a indicação dos respectivos endereços, com base na parte final do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela MP 1.798-2/99 (‘Nas ações coletivas propostas contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços’). A Turma, salientando que a exigência mencionada acima, visa restringir a eficácia da sentença ao âmbito territorial de competência do órgão que a prolatou – conforme *caput* do referido art. 2º: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator –, entendeu que tal exigência *não se aplica com relação aos órgãos da justiça que, como o STJ, tem jurisdição nacional, porquanto abrangem todos os substituídos onde quer que tenham domicílio no território nacional*”. RMS 23.566-DF, rel. Min. Moreira Alves, 19.02.2002⁴⁸.

Do referido julgado, pode-se extrair o seguinte entendimento: a) Em se tratando de sentença, com transito em julgado, sem recurso, proferida por juiz de primeiro grau, a eficácia decisória se limita à sua competência territorial; b) Em

47 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1.307.178/CE. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=26113711&sReg=201102875771&sData=20130208&sTipo=91&formato=PDF. Acesso em 22 mai. 2013.

48 DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, pag. 152.

sendo Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, a eficácia territorial se ampliará ao território do Estado; c) Por fim, havendo decisão provida do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua abrangência nacional, os efeitos do julgamento valem para todo o território brasileiro.

Esse imbróglgio jurisprudencial leva a peculiar situação narrada por José Miguel García Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni, que foi abordada pelo Superior Tribunal de Justiça, no que pese a litispendência, e que assim ficou decidido:

A verificação da existência de litispendência enseja indagação antecedente e que diz respeito ao alcance da ciosa julgada. [...] As ações que tem objeto idêntico devem ser reunidas, inclusive quando houver uma demanda coletiva e diversas ações individuais, mas a reunião deve observar o limite da competência territorial da jurisdição do magistrado que proferiu a sentença. Assim, se entende que os efeitos da decisão proferida alcançarão apenas uma determinada comarca e não devem ser reunidas as causas que tramitem em comarcas diversas.⁴⁹

Ou seja, se tivermos duas ações coletivas, promovidas por sindicato de servidores federais, que tenham o mesmo pedido e causa pedir e que tramitem em territórios diferentes como, por exemplo, São Paulo e Rio Grande do Sul, podemos nos deparar com duas sentenças diferentes sobre o mesmo assunto, sendo que uma poderá agraciar os servidores e outra negar o direito pleiteado. Assim, teríamos servidores federais com direitos diferentes pelo fato de simplesmente estarem lotados em territórios diversos, ferindo, notoriamente, o princípio da igualdade.

5.1. A mudança de paradigma nos tribunais superiores

Por mais que os tribunais tenham mantido ferrenhamente esse entendimento trazendo inúmeras críticas pela mais alta casta doutrinária, o cenário parece mudar.

Isto, pois, a corte especial do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.243.887/PR, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, travou séria discussão sobre o assunto, com a argumentação de que o entendimento anterior havia sido superado. No referido julgado, assim se manifestou o Ministro:

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual “a eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado no EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mas que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletiva, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme – em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide. Caso

49 ARAÚJO, Fábio Caldas. MEDINA, José Miguel García. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. Vol. 4, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.377.

contrário, “esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela jurisdicional *em sua dimensão coletiva*, reconvertido e pulverizado em multifária demandas individuais (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.* p. 325), “*atomizando*” as lides na contramão do moderno processo de “*molecularização*” das demandas. [...] Assim, com o propósito de contornar a impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP, a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao tema,⁵⁰

Seguindo esta forte voz corrente vinda de dentro do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial 1.243.386/RS, exarou voto que demonstra um amadurecimento da corte sobre a matéria, em prol da maior efetividade material dos processos coletivos⁵¹. Nesse sentido é a ementa do julgado em questão:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva. 2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado. 3. A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sindicatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art. 8º, II, da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do ‘writ’, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente. 4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei nº 9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate. 5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limita-

50 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18913683&sReg=201100534155&sData=20111212&sTipo=91&formato=PDF. Acesso em 24 mai. 2013.

51 DIDIER JR. Fredie. *Editorial 147*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-147/>. Acesso em 24 mai. 2013.

ção territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. 6. O art. 2^a-A da Lei 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art. 2-A, da Lei nº 9.494/97, portanto, não se aplica. 7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido.⁵²

Denota-se com esses recentes julgados que o Superior Tribunal de Justiça se desfaz das amarras exegéticas e abraça uma interpretação pautada pela razoabilidade e pela prevalência aos princípios constitucionais que permeiam a tutela coletiva, em especial à igualdade.

CONCLUSÃO

A tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos representa, neste final de milênio, uma das conquistas mais expressivas do direito brasileiro. Colocados a meio caminho entre interesses públicos e privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, os interesses transindividuais têm uma clara dimensão social e configuram nova categoria política e jurídica⁵³.

Vale dizer, ainda, que, o processo coletivo brasileiro é muito avançado, e funciona. Mas algumas das soluções pensadas cuidadosamente pelos “pais fundadores” do “modelo processual coletivo brasileiro” não foram observadas por reformas legislativas posteriores, sendo atacadas expressamente para negar efetividade ao sistema. Esses ataques, muito decorrentes de medidas provisórias, convertidas ou não, em lei, foram severamente criticados na doutrina como formas de tornar a ação civil pública “refém do autoritarismo”⁵⁴.

Mesmo assim, as cortes superiores referendaram o absurdo legislativo advindo da Lei 9.494/97, antiga Medida Provisória nº 1.570-5/57, que alterou o artigo 16^o

52 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1198480>. Acesso em 24 mai. 2013.

53 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Civil Pública refém do autoritarismo*. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9171-9170-1-PB.htm>. Acesso em 23 mai. 2013.

54 DIDIER JR. Fredie. *Editorial 147*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-147/>. Acesso em 24 mai. 2013.

da lei da ação civil pública para restringir a eficácia das decisões coletivas apenas ao território do órgão prolator da sentença.

Via-se, com o passar do tempo, que, tanto o Executivo como o Legislativo logravam êxito em manter uma alteração legal em total desconformidade com o âmago do processo coletivo e sem obediência a qualquer critério interpretativo acerca do microsistema processual.

Porém, a mudança dos tempos nos leva a um novo ponto de vista, uma nova perspectiva sobre a realidade que nos permeia. E, com isso, o Superior Tribunal de Justiça se desfez da tapa que cegava o mundo à sua volta, dando um giro de cento e oitenta graus em seu entendimento, considerando, assim, a inexistência de limite territorial da coisa julgada em processo coletivo, tendo em vista seu real fim que é de beneficiar a todos que se encontram na mesma situação.

A espera é de esta mudança permaneça em ascensão, transformando-se em ponto pacífico em nossos tribunais, e não acabe virando ponto isolado na história de nossa jurisprudência, como a pugna de poucos contra uma maré, até pouco tempo, entendida como irreversível.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Franco de; GAMA, Paulo Calmon Nogueira da., COELHO, Aline Bayrel, *A competência nas ações coletivas do cdc*. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/611/791>>. Acesso em 21/05/2013.

ARAÚJO, Fábio Caldas; MEDINA, José Miguel Garcia. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. Vol. 4, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IMGD&sequencial=1528740&num_registro=199900693264&data=20020805&formato=PDF>. Acesso 21/05/2013

_____. AgRg no REsp nº. 254.411/RS. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=28123434&sReg=201202372059&sData=20130508&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 22/05/2013.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp nº. 1.307.178/CE. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=26113711&sReg=201102875771&sData=20130208&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em 22/05/2013.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18913683&sReg=201100534155&sData=20111212&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em 24/05/2013.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1198480>>. Acesso em 24/05/2013.

- _____. *Supremo Tribunal Federal. Súmula 643*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumla_601700>. Acesso em 02/05/2013.
- CAMARGO DE AZEVEDO, JÚLIO. *O microsistema de processo coletivo brasileiro: Uma análise feita à luz das tendências codificadoras*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Vol. 02. São Paulo. ESMP, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pag. 25.
- CICCO, Alceu. *A evolução do direito processual*. <http://www.plananto.gov.br/ccivil_03/revista/ver_81/artigos/Alceu_rev81.htm>. Acesso em 29/04/2013.
- DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- FIGUEIREDO, Mariana Corrêa. *Coisa julgada na ação civil pública: Abrangência nacional ou limitação territorial?* Disponível em <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/raj/arquivos/files/raj201106_mariana.pdf>. Acesso em 22 mai. 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do ante-projeto*. 8. ed. rev. ampl. e atual. conforme o novo código civil. In: FIGUEIREDO, Mariana Corrêa. *Coisa julgada na ação civil pública: Abrangência nacional ou limitação territorial?* Disponível em <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/raj/arquivos/files/raj201106_mariana.pdf>. Acesso em 22 mai. 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Civil Pública refém do autoritarismo*. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9171-9170-1-PB.htm>>. Acesso em 23 mai. 2013.
- JÚNIOR, Américo Bedê Freire. *Aspectos processuais da tutela coletiva*. Disponível em <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n7/2.pdf>>. Acesso em 21 mai. 2013.
- JÚNIOR, Salah H. Khaled. *Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais*. <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/issue/view/3>>, vol. 05, nº. 10, 2010, pag. 26. Acesso em 29 abr. 2013.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Ações Coletivas: notas sobre competência, liquidação e execução*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/81xcxb.pdf>>. Acesso em 21 mai. 2013.
- LUZ, Maíra Carvalho. *A competência no art. 2º da Lei de Ação Pública – competência territorial absoluta ou competência territorial funcional?* Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91/competencia%20no%20art%20Luz.pdf?sequence=1>>. Acesso 20 mai. 2013.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em 22 de mai. 2013.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo, e neoprocessualismo*. <<http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2013/01/12/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo>>. Acesso em 29 abr. 2013.

PINHO, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_tutela_coletiva_e_os_novos_direitos.pdf>. Acesso em 16 mai 2013.

WATANABE, Kazuo, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do ante-projeto*, 2006. In: DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

Submissão: 27/05/2013

Aprovação: 09/10/2014

**DISCURSO DE POSSE DO DR. MARCELO
PEDROSO GOULART COMO DIRETOR DO
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO
FUNCIONAL – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

INAUGURAL ADDRESS OF DR. MARCELO
PEDROSO GOULART AS DIRECTOR OF “CENTRO
DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
– ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO”

Marcelo Pedroso Goulart

marcelogoulart@uol.com.br

Diretor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.
Mestre em Direito pela UNESP.

Saudação às autoridades presentes (cf. Cerimonial),
Queridas e queridos colegas de Ministério Público,
Queridas e queridos servidores do Ministério Público,
Senhoras e Senhores,

Este ato solene de posse que me atribui a função de Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de São Paulo exige, ainda que de forma breve, exercício de reflexão sobre o papel de nossa Escola Institucional.

Essa reflexão só fará sentido se nos postarmos no cume do mirante analítico, pois, só nessa posição, poderemos ter a mais ampla visão da paisagem.

Desse ponto de vista privilegiado, que nos alarga o horizonte de visibilidade, é possível enxergar para além da aparência das coisas e entendê-las em suas relações e estruturas reais.

Desse ponto de vista privilegiado, verificamos, com mais clareza, os movimentos dos povos que, em todos os quadrantes do planeta, ocupam os espaços comuns para manifestar a sua indignação com as injustiças sociais e com as sistemáticas violações de direitos humanos.

Esse mundo em ebulição é um mundo em crise. E a crise tem caráter multidimensional: ela é econômica, política, social, cultural, ambiental; além de possuir diversos contornos: globais, nacionais, regionais, locais.

A crise afeta as instituições, porque o movimento das instituições acompanha necessariamente o movimento da sociedade e é impossível dissociá-los.

Em nível global, evidenciou-se a crise a partir do fim do século passado. Os protestos de Seattle que, em 1999, paralisaram a Cúpula da Organização Mundial do Comércio representam o marco dessa visibilidade, pondo abaixo o “muro do silêncio” sustentado pela argamassa do chamado “pensamento único”.

No nível global, portanto, a crise evidencia-se desde o final do século passado. Ela atinge de forma notável, nos anos que inauguram este novo século, até mesmo países tidos como de economia forte.

Aqui no Brasil, parecíamos imunes à crise, como se fosse possível passarmos ao largo dela. E por isso, ela tardou a expressar-se de forma mais clara. E quando se expressou – muito recentemente, nas “Jornadas de Junho de 2013” – o fez por intermédio de movimentos de massa que ganharam as ruas dos principais centros urbanos do país. Movimentos de massa que, embora sem uma orientação definida e clara, colocaram em primeiro plano a dimensão política da crise, denunciando a mercantilização do processo de produção das decisões políticas e seus sintomas mais evidentes: a corrupção, a representação fragilizada, o cupulismo, a privatização das políticas públicas.

E, sobretudo, por essas razões políticas, esses movimentos abraçaram a causa do Ministério Público contra a Proposta de Emenda Constitucional nº 37, que, se

aprovada, impediria nossa atuação investigatória. Derrubamos a PEC 37 com a força do povo nas ruas.

É preciso destacar, colegas, que o combate à corrupção não é o único motivo da empatia das forças sociais com a nossa Instituição. Essa aliança, que ainda é forte, deve-se também à luta diária dos bravos promotores de justiça pela implementação das políticas que concretizam os direitos sociais.

Mas não podemos nos deixar enganar. Essa aliança, que ainda é forte – e as “Jornadas de Junho” comprovam isso –, poderá ser abalada e romper-se, caso o Ministério Público não exercite permanentemente a autocrítica; caso o Ministério Público no seu movimento institucional deixe de acompanhar, no mesmo ritmo, o movimento da sociedade, especialmente em momentos de crise aguda, como ocorre no presente.

Se a sociedade está em crise, essa crise necessariamente afeta nossa Instituição.

A crise, no plano político, faz a sociedade movimentar-se no sentido da construção de novas formas de se fazer ouvir, de novas formas de se fazer representar, de novas formas de participar; enfim, a crise, faz a sociedade buscar caminhos que a possibilitem atuar efetivamente no processo de deliberação e apropriação das decisões políticas. Essa crise, que inexoravelmente atinge o Ministério Público, obriga-nos, membros e servidores, o repensar permanente e profundo sobre nossa função política, sobre nossas práticas e sobre nossa organização.

Um repensar permanente e profundo que garanta nossa sincronia com os anseios democráticos do povo brasileiro.

Um repensar permanente e profundo que nos constitua, de fato, em agentes da vontade política transformadora, da vontade política transformadora assim como posta na Constituição da República.

Um repensar permanente e profundo que nos permita diagnosticar a crise e nos enxergarmos como parte dela; que nos possibilite percebê-la, também, como manifestação das nossas contradições internas.

Um repensar profundo que promova a permanente atualização institucional como atualização de conceitos e práticas, de conteúdos e formas, a permitir que, no correr da História, sejamos sempre contemporâneos do nosso tempo.

Mas essa não é tarefa fácil.

Não é tarefa fácil, porque o cotidiano pesado, que marca a vida dos membros e servidores do Ministério Público, oferece pouco tempo e espaço para momentos de reflexão profunda.

A faina diária dos processos e procedimentos não nos tem permitido parar para pensar a realidade na qual estamos inseridos; não nos tem facultado, na medida necessária, a discussão sobre o papel que devemos cumprir na sociedade brasileira; não nos tem concedido tempo suficiente para o debate sincero sobre as contradições internas e sobre as possibilidades de sua superação.

A falta de tempo e espaço para a reflexão profunda pode nos tornar presa fácil de visões rasas de mundo forjadas pela *pequena política*. Pela *pequena política*

que insiste, anacronicamente, em projetar instituições e carreiras de Estado na lógica estreita do corporativismo patrimonialista e do individualismo possessivo, a subverter os princípios democráticos e republicanos consagrados em nossa Constituição.

Mas a Constituição, expressão legítima da vontade geral, não quer um Ministério Público refém da *pequena política*.

A Constituição não quer um Ministério Público apequenado. E não o quer apequenado porque lhe deferiu a representação dos interesses estratégicos da sociedade brasileira; porque lhe concedeu a responsabilidade de realizar a *grande política*. Realizar a *grande política* no sentido que os teóricos contemporâneos dão a essa expressão. *Grande política* como fundação de novos Estados; *grande política* como construção de sociedades substantivamente democráticas; *grande política* como intervenção transformadora da realidade.

O pensar profundo necessário ao enfrentamento do momento crítico nos obriga a reconhecer que, passados vinte e cinco anos da promulgação da Constituição, esgotou-se o primeiro ciclo da atuação de nossa Instituição sob o influxo da nova ordem política e social.

Nesse período, a sociedade brasileira tomou consciência dos novos direitos, organizou-se e, de forma crescente, passou a reivindicá-los, inclusive no âmbito do sistema de Administração da Justiça.

O conteúdo conferido ao Ministério Público pela nova ordem constitucional passou a conviver contraditoriamente com antigas formas de estruturação institucional e com a velha cultura formalista e jurídicista típica do antigo agente processual.

Nos anos imediatamente pós-Constituinte, essa contradição não se manifestou como problema, pois a atuação do Ministério Público atendeu às demandas iniciais de uma sociedade que dava os primeiros passos no processo de construção do regime democrático.

Hoje, na segunda década do século XXI, essa contradição emerge como problema a ser superado, pois as formas estruturais e a cultura anacrônicas colocam em risco a atuação dos membros do Ministério Público como agentes políticos e a efetividade do seu trabalho. Essa contradição pode colocar em xeque nossa credibilidade e nossa legitimidade tão arduamente conquistadas.

Do cume do mirante analítico, que nos alarga o horizonte de visibilidade, percebe-se, com clareza, que um ciclo se finda e outro se abre para o Ministério Público brasileiro.

O novo ciclo se abre repleto de possibilidades. Possibilidades que, para sua concretização, dependem da atualização institucional.

Essa atualização passa, no plano estrutural, pela reorganização espacial e administrativa do Ministério Público, bem como pela reorganização da carreira de seus membros e servidores.

Essa atualização, no plano político, exige o aprofundamento da democratização interna, com o alargamento da participação da primeira instância nos processos de deliberação.

Essa atualização, ainda no plano político, demanda a criação de mecanismos que possibilitem diálogo e interação permanentes com as organizações e os movimentos sociais.

Essa atualização, no plano cultural, reclama a elaboração da nova teoria de Ministério Público, como também reclama inovadores processos de formação e capacitação de seus membros e servidores.

Nos últimos dois anos, sob o comando de Márcio Fernando Elias Rosa, nosso querido Procurador-Geral de Justiça, a Instituição deu passos importantes e largos na busca da superação da contradição ora apontada. Significativos avanços foram dados nos planos político e estrutural.

Podemos listar, aqui, algumas das providências que, nesses dois anos, inauguraram o novo ciclo no Ministério Público de São Paulo:

- a criação do Conselho de Estudos e Políticas Institucionais – CONEPI, como órgão de representação da primeira instância na formulação de políticas de gestão e atuação;
- a democratização do processo de construção do Plano Geral de Atuação com ampla participação da sociedade civil, da comunidade científica e dos membros e técnicos da Instituição;
- a elaboração e a discussão da proposta de reorganização espacial do Ministério Público por meio da regionalização e especialização de Promotorias de Justiça;
- a descentralização dos órgãos de assessoria técnica ora em andamento.

Frise-se, porém, que a atualização nos planos político e estrutural só se consolidará e apresentará os resultados socialmente esperados se for acompanhada da correspondente atualização cultural.

A atualização cultural é missão precípua do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, a nossa Escola Superior do Ministério Público.

A Escola Institucional, como órgão auxiliar, responsável pelo aprimoramento profissional e cultural dos membros e servidores, constitui-se como espaço privilegiado de formação e capacitação; como lugar apropriado para a elaboração e difusão da teoria do Ministério Público; como local apto à discussão e fomento de novas práticas.

Neste momento de nossa história, cabe às Escolas de Ministério Público direcionar as atividades de ensino, pesquisa e extensão para a configuração do novo paradigma institucional.

A Escola de São Paulo, no próximo quadriênio, assumirá a responsabilidade de perseguir e concretizar esse intento.

Para a concretização desse intento, nossa Escola estimulará, na formação e capacitação de seus membros e servidores, postura reflexiva, proativa e resolutiva.

Postura reflexiva que requer de nossos membros e servidores o conhecimento prévio da problemática sobre a qual a Instituição deve atuar.

Postura proativa que demanda de nossos membros e servidores intervenções antecipatórias de situações de crise.

Postura resolutiva que exige de nossos membros e servidores a busca de eficiência e eficácia, seja para solucionar diretamente os casos que chegam ao seu conhecimento, seja para melhorar a qualidade do trabalho de intervenção processual, mormente na produção de provas e de teses jurídicas.

Isso implica formação profissionalizante e humanista, que qualifique nossos membros e servidores em termos técnicos e ético-políticos.

Isso requer o desenvolvimento da capacidade crítica, de reflexão e de projeção.

Essas são condições colocadas para a melhora do desempenho dos membros, dos servidores e dos serviços com o conseqüente ganho de efetividade na atividade fim.

Como centro estratégico de produção e difusão do conhecimento, a Escola Institucional deve conjugar harmonicamente ensino, pesquisa e extensão.

No próximo quadriênio, as atividades típicas de ensino deverão ser mantidas, renovadas e incrementadas, para possibilitar o acesso ao universo potencial de interessados, intensificando-se o processo de interiorização.

Além dos já tradicionais e bem sucedidos cursos de especialização, a Escola implantará curso voltado à formação específica do agente político. Pelo caráter interdisciplinar da proposta, tenciona-se executá-la em cooperação com o Instituto de Políticas Públicas e Relações Internacionais da Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho – UNESP, que se dispôs a participar dessa inovadora experiência.

No próximo quadriênio, as atividades de pesquisa aplicada, hoje praticamente inexistentes, serão desenvolvidas numa perspectiva interdisciplinar e transdisciplinar.

Despidas do cunho academicista, as atividades de pesquisa devem contemplar os interesses da atuação ministerial, focando, prioritariamente, os objetivos, metas e ações estabelecidos nos Planos e Programas de Atuação.

Com essa iniciativa, nossa Escola Institucional dará, não somente, efetivo cumprimento ao Capítulo II do Título II do seu Regimento Interno, como também atenderá às exigências dos novos tempos, pois o Ministério Público contemporâneo não pode prescindir da produção direta do conhecimento necessário ao sucesso de suas causas.

No próximo quadriênio, as atividades de extensão devem propiciar a aproximação dos membros e servidores do Ministério Público com a sociedade, objetivando: a difusão dos valores democráticos; a capacitação dos agentes sociais para o exercício dos direitos de cidadania; a aproximação com os acadêmicos de direito, na perspectiva da preparação dos futuros quadros institucionais.

Para o desenvolvimento do tripé ensino/pesquisa/extensão, nossa Escola utilizará instrumentos que propiciem a cooperação técnica com as universidades e centros de pesquisa, abrindo, com a comunidade científica, canais permanentes e institucionalizados de interlocução.

A Escola deve chegar a todos os membros e servidores, propiciando uma relação de mão dupla que favoreça a troca de experiências entre os destinatários de seus serviços e a socialização do conhecimento por ela produzido e difundido. A dinamização do setor de comunicação torna-se, assim, imperiosa.

Na perspectiva da interiorização, de alargamento de nossas fronteiras e consolidação dos espaços conquistados, os Núcleos Regionais serão ativados como polos de desenvolvimento de todas as atividades típicas da Escola.

Imprescindível, ademais, a intensificação do intercâmbio cultural com as demais Escolas Institucionais do país. Com elas temos muito a aprender, com elas temos a responsabilidade de promover a atualização cultural do Ministério Público brasileiro.

Essas atividades só farão sentido se balizadas por diretrizes estabelecidas em projeto político-pedagógico construído democraticamente em amplo debate com membros e servidores.

Não é tarefa fácil. Mas é a tarefa que nos cabe realizar.

O quadriênio estabelecido como mandato parece pouco para tal empreitada, mas não o será.

Não o será porque recebo uma Escola pavimentada pelo trabalho competente de todos os Diretores que por ela passaram.

Aproveito esse momento para prestar homenagem ao colega Mário Luiz Sarubbo, meu antecessor imediato, que, com brilho e inteligência, com a energia típica de jovem liderança que se afirma como vencedora em nossa Instituição, tão bem conduziu os destinos da Escola nesses últimos três anos. Entregou-me, Sarubbo, uma Escola viva e forte, organizada e superavitária, circunstâncias que facilitaram o início da nova gestão.

O quadriênio de meu mandato não será pequeno para o cumprimento da anunciada tarefa porque a direção da Escola será compartilhada com assessores que figuram na primeira linha do Ministério Público de São Paulo. Paulo Henrique de Oliveira Arantes, Tiago Cintra Essado e Daniel Serra Azul Guimarães têm a perfeita compreensão da função política da Instituição e da nossa Escola e possuem qualidades indispensáveis a tal mister: talento, conhecimento, comprometimento e lealdade.

O quadriênio de meu mandato não será pequeno para o cumprimento da anunciada tarefa porque assumo uma Escola com quadro de servidores dedicados, competentes e comprometidos com a vida institucional. Andrea, Antonio Ângelo, Carina, Cristiane, David, Edimar, Elizabeth, Érika, Flávio, Gerson, Gualter, Izabel, Izilda, Juliana, Leila, Luciana, Luís, Márcia, Maurício, Og, Paulo, Renata, Rubens, Sérgio, Simone, Sueli Januário, Suely Amici, Victor Pezzotta, Vitor Oliveira, Yone,

Zuleica. A esses, que lá estavam quando de minha chegada, somam-se os assistentes técnicos José Roberto e Rafael, que recentemente passaram a integrar esse coletivo vibrante.

Além do mais, essa tarefa não há de ser cumprida exclusivamente pela Direção. As diretrizes gerais são da competência do Conselho e o acompanhamento e a supervisão dos planos de ensino, pesquisa e extensão são atribuições da Congregação. A governança da Escola é responsabilidade necessariamente partilhada entre essas instâncias e a Direção zelará pela sua harmoniosa interação.

Fora da estrutura da Escola, essa governança passa pelo estabelecimento de cooperação com a Associação Paulista do Ministério Público e demais entidades de classe, que tradicionalmente têm prestado apoio às nossas atividades.

Agradeço aos Conselheiros Doutores Nelson Gonzaga de Oliveira, Sérgio Turra Sobrane, José Antonio Franco da Silva, Wilson Alencar Dores, Luís Fernando de Moraes Manzano e Fernando Célio de Brito Nogueira a escolha de meu nome para a Direção do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Agradeço de forma especial ao Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça e presidente do Conselho que tem acreditado e apostado em mim desde o início de sua gestão, confiando-me postos estratégicos de nossa Instituição.

Dedicarei o que de melhor posso ter e o que de melhor posso fazer para corresponder à confiança em mim depositada.

Agradeço aos meus pais, Léo e Luciana, aos meus filhos Mariana, Luís Marcelo, Carolina, Pedro e André, à minha esposa Ana Paula, amada e conselheira, que me constituem como ser humano. Vocês souberam compreender a importância do encargo que ora assumo e aceitaram, por isso, a privação do convívio mais próximo nessa etapa de minha carreira.

Agradeço aos colegas e servidores do Ministério Público de São Paulo, com os quais trabalhei nesses trinta anos, por constituírem o meu ser institucional. Sou vocês e trago vocês em mim para mais um dos desafios que, mesmo a distância, enfrentaremos juntos.

Agradeço às lideranças da sociedade civil com as quais partilhei, da trincheira do Ministério Público e nesses anos todos, as lutas pela afirmação dos direitos sociais e das liberdades democráticas. Vocês constituem o meu ser político e inspirado na sua práxis pretendo levar adiante essa nova empreitada.

Ao Dr. Márcio Fernando Elias Rosa rendo minhas homenagens pelo brilhante e inovador trabalho à frente do Ministério Público de São Paulo.

Dr. Márcio e eu somos veteranos. Estou prestes a completar trinta anos de carreira. Dr. Márcio já completou vinte e sete. Sou mais velho em idade, mas, creio, podemos nos considerar da mesma geração, pois compartilhamos, como cidadãos brasileiros e promotores de justiça, momentos marcantes da História deste país e de nossa Instituição. Testemunhamos a transição da ditadura para a democracia, acompanhamos o processo constituinte, comemoramos a edição da Constituição Cidadã e estamos vivendo a transição do antigo para o novo Ministério Público.

Seguimos nossas carreiras em diferentes regiões do Estado e, por isso, não tivemos a felicidade de trabalharmos juntos na mesma promotoria ou na mesma comarca.

Dr. Márcio, reconhecido publicista, mestre e doutor, foi pioneiro, entre nós, na área do patrimônio público e social.

Eu optei por permanecer no interior. Especializei-me nas áreas da Infância e Juventude e Meio Ambiente, nas quais dei modesta contribuição.

Mas o destino nos pregou boas peças. Encontramo-nos não poucas vezes por esse Brasil afora em eventos nos quais se discutia Ministério Público.

Não tenho dúvida, Dr. Márcio, que o ideal que nos moveu, como peregrinos, a pregar por seguidos anos e por vários cantos do território nacional o tema “Ministério Público para a democracia”, é o mesmo ideal que nos uniu, mais recentemente, em sua gestão e sob seu comando, junto com outros tantos bravos colegas, para o cumprimento da missão de dar concretude àquela pregação.

E não tem sido em vão.

É tarefa árdua, sem dúvida, mas é a tarefa que nos propusemos realizar.

E a realizaremos, como projeto coletivo e a milhares de mãos, porque acreditamos no Brasil e no seu povo trabalhador.

E a realizaremos, como projeto coletivo e a milhares de mãos, porque acreditamos na força do Ministério Público brasileiro.

Conclamo, finalmente, os jovens colegas do 90º Concurso de Ingresso a virem conosco fazer História, edificar o novo Ministério Público, fazer a grande política, construir a democracia substantiva em nosso país.

Muito obrigado.

MINISTÉRIO PÚBLICO NA DITADURA E NA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA

PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN THE
DICTATORSHIP AND IN THE DEMOCRATIC
TRANSITION

Hugo Nigro Mazzili

Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Procurador de Justiça Aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo

Darcy Paulillo dos Passos

Procurador de Justiça aposentado. Ex-deputado Federal.

O texto *Ministério Público na ditadura e na transição democrática* é a transcrição de uma das atividades da série *Ditadura, Democracia e Memória*, promovida pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (CEAF-ESMP), em 11 de junho de 2014. Contando com a mediação do Diretor do CEAF-ESMP, Marcelo Pedrosa Goulart, e com a participação do Procurador de Justiça aposentado do MP/SP, Hugo Nigro Mazzili, e do Promotor de Justiça aposentado do MP/SP e ex-Deputado Federal, Darcy Paulillo dos Passos, essa atividade abordou o tema “Ministério Público na Ditadura e na Transição Democrática”. Instigados pelas perguntas do mediador, os convidados relataram suas experiências como promotores de justiça, destacando as perseguições e dificuldades vividas por eles e pela instituição durante a Ditadura, os trabalhos empreendidos para construção do atual perfil constitucional do Ministério Público e os desafios contemporaneamente enfrentados pela instituição. Hugo Nigro Mazzili é considerado um dos principais doutrinadores de Ministério Público do Brasil contemporâneo, autor de diversas obras importantes, ingressou no Ministério Público em 1973 e aposentou-se em 1998. Darcy Paulillo dos Passos ingressou no Ministério Público em 1956, foi cassado em 1964, em virtude de fatos ligados à sua combativa atuação profissional como Promotor de Justiça. Foi anistiado em 1979 e aposentado como Promotor de Justiça posteriormente.

Marcelo Pedrosa Goulart, Diretor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo:

Amigos da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, nós damos prosseguimento hoje à série “*Ditadura, Democracia e Memória*”. Estamos recebendo aqui na sede da Escola, em São Paulo, dois grandes nomes do Ministério Público Brasileiro.

Darcy Paulillo dos Passos, que está aqui ao meu lado direito. Promotor de justiça, ingressou no Ministério Público de São Paulo em 1956, foi cassado em 1964 por um ato institucional não numerado. Depois disso militou pelas causas progressistas, contra a ditadura militar. Foi anistiado em 1979 e aposentado na condição de promotor de justiça de 2ª entrância, porque quando cassado, Darcy Passos era promotor titular da comarca de Araras, aqui no estado de São Paulo. Depois disso, também, em 1935, conseguiu a aposentadoria como procurador de justiça. Darcy, agradeço muito sua participação aqui conosco hoje, para relatar esse período da história do Brasil e esse período da história do Ministério Público brasileiro.

Hugo Nigro Mazzili, ao meu lado esquerdo. O colega Hugo Nigro Mazzili, conhecido de todos nós, um dos maiores nomes do Ministério Público brasileiro, doutrinador de Ministério Público, o maior doutrinador do Ministério Público no Brasil, Professor Emérito desta Casa, dispensa maiores comentários. Como Promotor de Justiça, ingressou na Carreira em 1973 e se aposentou em 1998, e se destacou nesse período como um militante da causa do Ministério Público; fez um trabalho muito bonito durante o processo constituinte, ou até antes do processo constituinte,

participando de todas as discussões que levaram à construção do novo perfil do Ministério Público. Hugo, eu agradeço em nome da Escola, pelo fato de você ter aceito este convite para participar conosco dessa discussão, desse debate sobre o Ministério Público na Ditadura e na transição democrática.

Darcy, conta um pouco da sua vocação para o Ministério Público. Como você resolveu ingressar no Ministério Público? Conte-nos, também, sobre os anos que você militou no Ministério Público em defesa das causas democráticas.

Darcy Paulillo dos Passos

Gostaria primeiramente de saudar a todos os presentes, em especial ao colega Hugo Nigro Mazzilli e ao colega Marcelo Pedroso Goulart. Eu conheci o Hugo antes de ele escrever livros. E eles só escreveu os livros porque viveu os livros que ele escreveu antes de tê-los escrito. Então, os livros doutrinários do Hugo são, na verdade, autobiografias. Ele viveu como promotor tudo aquilo que ele escreve como jurista. O Marcelo, por sua vez, também tem uma belíssima carreira como promotor de justiça e como doutrinador de Ministério Público, agora à frente da Escola Superior.

Antes de falar sobre mim, eu gostaria de falar sobre outros Promotores de Justiça que, como eu, sofreram perseguições do Governo Ditatorial. Eu tenho muito orgulho de ter sido “posto para fora” do Ministério Público pelo Governo Ditatorial como fui, mas preciso deixar claro que não fui o único. Houve, naquela ocasião, cerca de 100 promotores que tiveram que mudar de comarca. Não sei que orientação política tinham, ou deixavam de ter, mas era muito comum: o réu do processo-crime ia ao delegado de polícia e dizia “o promotor é comunista”; ou o executado do executivo fiscal estadual ou nacional ia ao sargento do tiro de guerra e dizia “o promotor é comunista”; ou o reclamado, sobretudo nas reclamações trabalhistas que nós promotores promovíamos, fazia as mesmas acusações. Assim, cerca de 100 promotores tiveram que mudar de comarca. Cerca de 30 promotores sofreram investigação sumária, entre os quais eu. Quatro promotores foram “postos para fora” do Ministério Público em 1964 e um em 1969 pelo ato institucional n. 5. Os seguintes promotores de justiça foram “postos para fora”:

1) Plínio de Arruda Sampaio: o Plínio Sampaio era um líder de esquerda dentro do PDC [Partido Democrata Cristão], que congregava outros militantes de Igreja como o André Franco Montoro – que era uma liderança da direita católica no Partido – e um grupo de políticos inidôneos. O Plínio era deputado federal e foi cassado pelo Ato Institucional n. 1, na primeira lista, que englobava deputados federais, lideranças políticas e patentes militares.

2) Chopin Tavares de Lima: o Chopin foi cassado em 1969, pelo Ato Institucional n. 5. Ele foi cassado, tal como o Plínio, menos por ser promotor, e mais por outras funções exercidas. Ele era deputado estadual em seu segundo mandato. Desse modo, tal como o Plínio, ele foi atingido por uma qualificação política diversa da de promotor.

3) Antônio Sérgio Pacheco Mercier: ele era filho de general médico e não foi submetido à investigação sumária, de modo que não se sabe porque ele foi

punido. Ele foi punido gravemente, uma vez que foi retirado da Promotoria do Fórum de Pindamonhangaba e levado para o Quartel do Batalhão de Engenharia. Imaginando – e não é anedoticamente – porque o Mercier foi punido, eu brinco com os seguintes motivos: 1) o Mercier denunciou um oficial do Exército, do Batalhão de Engenharia, por cheque sem fundo, e todo mundo sabe que cheque sem fundo não é crime punível se praticado por militar, pois há extinção de punibilidade com o golpe de estado. Ainda assim, o Mercier decidiu denunciar o militar: imperdoável!; 2) mais imperdoável ainda, o Mercier resolver criar uma tese de direito e denunciou um oficial do exército por coautoria em delito culposo, pois não tinha coibido o excesso de velocidade em viatura na qual estava, do qual resultou acidente de trânsito culposo. Coautoria, portanto consciente, em delito culposo, é tese de mestrado, mas não para ser aplicada em época de golpe de Estado; 3) Mercier movia reclamações trabalhistas contra o Cícero Prado, que plantava arroz no Vale do Paraíba; 4) o mais grave de todos: Mercier era colega de Faculdade e colega de Ministério Público do Plínio Sampaio. Assistia as palestras do Plínio Sampaio. E assistir as palestras do Plínio também era um crime contra a segurança nacional. Ou melhor: tornou-se.

4) Luis Carlos Alves de Souza: ele era promotor em Pompéia. Uma vez, conversando com o Luis Carlos eu disse: “eu tinha mais fama que você, mas você era melhor que eu”. Por que eu digo que o Luis Carlos Alves de Souza era melhor que eu? Porque o Luis Carlos, no dia 31 de março, convocou os trabalhadores rurais para irem para a cidade de Pompéia a pretexto de distribuir gêneros alimentícios. E disse: “se alguém resistisse, eu tomava minha cidade”. Eu confesso que não teria tomado Araras. Então, o Luis Carlos era muito melhor que eu. Luis Carlos também foi preso, como promotor, e foi tirado da cadeia pelo Werner Rodrigues Nogueira, que era Procurador Geral de Justiça.

5) Agora sim, eu, Darcy Paulillo dos Passos: eu vim de militância na JEC (Juventude Estudantil Católica) e na JUC (Juventude Universitária Católica). Depois me tornei dirigente da Ação Popular (AP). Sobre como me tornei promotor, há um fato importante: nós [Darcy dos Passos e Plínio de Arruda Sampaio] éramos militantes de JEC, trabalhávamos com estudantes com a assistência dos dominicanos da Província Francesa, e um dia o Plínio [de Arruda Sampaio] me disse: “Darcy, o que a gente faz de graça a vida inteira, criaram um cargo para fazer. Pagam para a gente fazer. Esse cargo chama promotor de justiça”. Nós lutamos pela justiça o tempo inteiro, nos colégios (ele no colégio Rio Branco e eu no colégio estadual), na faculdade de direito, e agora tinha um cargo para isso, e eu não iria assumir o cargo? Ele se formou, logo fez concurso e entrou no Ministério Público em 1954. Eu fui entrar em 1956. Uma das razões, então, é essa: tinha um cargo que pagava para fazer aquilo que desde meninos nós fazíamos de graça. Essa é a explicação.

Marcelo Pedroso Goulart

Hugo, você ingressou no Ministério Público em plena Ditadura militar. Como foi isso?

Hugo Nigro Mazzilli

Bem, caros amigos Marcelo Goulart e Darcy Passos, a quem eu muito respeito, muito admiro. Eu entrei no Ministério Público, vamos dizer assim, sem nenhum exemplo na família: não tinha nenhum Promotor na família; até ao contrário, na família me desencorajaram a ser Promotor, achando que eu deveria ser Juiz. Eu trabalhava como advogado num escritório de advocacia de um professor da Universidade de São Paulo, que queria que eu fizesse carreira universitária, mas eu decidi que queria ser Promotor porque, de fato, vejam que coisa curiosa, hoje é a primeira vez que eu vejo verbalizado aquilo que estava no meu coração: o Darcy Passos acabou de dizer uma coisa que coincide muito com o que aconteceu comigo. Eu, realmente, até de graça eu seria Promotor, porque aquilo que o Promotor de Justiça faz é o que eu queria fazer: eu queria atender o público; eu queria lutar pela Justiça; eu queria combater aquilo que eu achava errado – e o Promotor pode fazer tudo isso, deve fazer tudo isso. E mais. O Promotor pode fazer tudo isso com independência funcional! Então foi por isso que eu resolvi entrar no Ministério Público.

Naquele tempo, o Ministério Público não era o que é hoje – uma instituição forte, uma instituição independente. O Ministério Público era muito subordinado ao Poder Executivo. Mas há muitos modos de a gente lutar contra uma situação errada; uma delas é tentar mudar de dentro para fora aquilo, e foi o que nós fizemos: muitas pessoas como nós entramos no Ministério Público e mudamos o Ministério Público – e nós fazemos parte da geração que mudou o Ministério Público, alguns com grande sacrifício pessoal, como é o caso do Darcy Passos; outros, com menor sacrifício pessoal, mas também com riscos – é também o meu caso. Passei também por momentos difíceis durante a Ditadura, a começar pela minha família. Minha família é de políticos, meu pai Hugo Mazzilli foi Prefeito de uma cidade do interior, meu tio Ranieri Mazzilli foi Deputado Federal, foi Presidente da Câmara dos Deputados, nessa condição chegou a substituir na Presidência da República algumas vezes. Houve perseguição. O meu tio, especialmente, durante a Ditadura, era oposição, era um dos líderes da oposição, e quando ele se candidatou à reeleição à Presidência da Câmara dos Deputados, isso não convinha ao governo militar, que fez tudo para que ele não se candidatasse, inclusive o processou criminalmente, e eu vou dar detalhes aqui. Meu tio foi à eleição, perdeu-a por poucos votos, porque o governo federal estava trabalhando contra o meu tio; em seu lugar foi eleito o Deputado Bilac Pinto, que foi Presidente da Câmara e, em seguida, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal... E o meu tio – um homem de bem, um homem honrado, morreu pobre, deixou o apartamento que ele tinha, mais nada – uma vida inteira para comprar um apartamento; a minha tia, mulher dele, tinha uma fazenda que era herança dos pais dela, mas o meu tio não tinha mais nada. E o meu tio foi processa-

do pelo Ministério Público de São Paulo, por ordem do governo federal, por crimes que ele nunca fez: investigaram a vida privada do meu tio, mas era de tal tamanho a injustiça que lhe foi feita, que, para vocês terem uma ideia, durante a Ditadura, a denúncia que foi dada pelo Ministério Público de São Paulo, por ordem do Procurador-Geral de Justiça Mário de Moura Albuquerque, essa denúncia foi rejeitada pelo juiz aqui de São Paulo, Capital, durante a própria Ditadura! A denúncia foi rejeitada! O que o Ministério Público de São Paulo fez? Recorreu em sentido estrito ao Tribunal de Justiça. O que fez o Tribunal de Justiça, aqui em São Paulo, durante a Ditadura? Manteve a rejeição da denúncia, por unanimidade! O que o Ministério Público de São Paulo fez? Recorreu ao Supremo Tribunal Federal – naquele tempo não havia Superior Tribunal de Justiça. O que o Supremo Tribunal Federal fez, mesmo durante a Ditadura? Manteve a rejeição da denúncia, todos os julgamentos por unanimidade! O número desse processo e todos os detalhes eu não guardo de cabeça, mas é fácil – se vocês quiserem ir ao meu *site*, tem o livro *Muitas vidas*, de meu pai, que conta tudo isso com detalhes, inclusive dando o número do processo, o nome do Juiz que rejeitou a denúncia, o nome dos Desembargadores que funcionaram no recurso e o nome dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.¹

Da minha parte, eu me lembro de um episódio que ocorreu durante a Ditadura, que foi o seguinte. Eu era já Promotor de Justiça substituto, tinha entrado na instituição, uma instituição que servia o Poder Executivo – não todos seus membros; muitos pagaram caro por não servir o Poder Executivo, como é o exemplo de Plínio de Arruda Sampaio, Darcy Paulillo dos Passos, Antônio Sérgio Pacheco Mercier, Chopin Tavares de Lima e vários outros. Mas muitos, muitos, numa atitude mais modesta, como era o meu caso – que também não era sequer da mesma geração que eles —, eu sustentei naquela época, mesmo durante a Ditadura, que o Ministério Público precisava de independência funcional. Em 1976, eu apresentei essa tese em seminário de grupos de estudos do Ministério Público paulista, com grande reação contrária dos Procuradores de Justiça e dos Promotores mais antigos – nós pusemos isso em votação e ganhamos! E minha tese está publicada na Revista dos Tribunais da época, volume 494, página 269, na qual eu sustento que o Promotor tinha direito de resistência às designações do Procurador-Geral, quando fossem para tirar Promotores da comarca ou para tirar o Promotor de suas atribuições!

Depois, houve passos mais recentes. Não diria que foi mérito do Ministério Público – foi mérito da nossa sociedade, que evoluiu, e chegou o ponto em que a Ditadura começou a se enfraquecer, e os próprios militares chegaram à conclusão de que eles deveriam sair de cena. Isso ocorreu quando agora nós já estávamos nos inícios dos anos 80. A esta altura, o Ministério Público nacional já tinha uma certa organização, nós já tínhamos um Colégio Nacional de Procuradores-Gerais, nós tínhamos uma Confederação Nacional do Ministério Público, e nós já trabalhávamos

1 No site <http://www.mazzilli.com.br/pages/livros/muitasvidas.html> está disponível em inteiro teor o livro *Muitas vidas*, de Hugo Mazzilli, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1998.

em vistas de uma nova ordem constitucional. E nesta fase também, nós, como muitos outros, lutamos por um Ministério Público que servisse ao regime democrático, e não mais servisse à Ditadura!

Marcelo Pedroso Goulart

Darcy, você vem então da militância católica progressista, ingressou no Ministério Público em meados dos anos 1950 e foi cassado em 1964. No final da década de 50, início da década de 60, o Brasil vivia uma grande efervescência: trabalhadores se organizando, lutando por direitos, João Goulart no poder tentando fazer as reformas de base. Enfim, um momento muito rico da história do Brasil. Como se inseria nesse contexto político um promotor comprometido com a causa democrática, com a causa do povo?

Darcy Paulillo dos Passos

Para entender o Brasil na década de 1950 e 1960 é preciso estudar a história do Brasil, um país que nunca foi “para si”. Os Estados Unidos da América, por exemplo, foram criados por colonos expulsos da Inglaterra por motivação política e religiosa, que foram para a América para fundar o país. Estive recentemente nos EUA e perguntei para jovens que visitavam o Congresso: quanto tempo tem seu país? 200 anos, respondiam. Nós, no Brasil, consideramos que somos país há 500 anos, desde o tempo em que éramos colônia. Nos EUA, eles contam somente o tempo deles. Além disso, é preciso destacar que vinham para o Brasil aqueles que queriam enriquecer. O Brasil não foi descoberto, ele foi invadido. Havia aqui mil e trezentas línguas indígenas. Mais de mil foram extintas. Ou seja: um genocídio. Não foram extintas sem luta, como mostram os exemplos dos Sete Povos da Missão ou Sepé Tiarajú. No decorrer da história brasileira, a intensa exploração do país foi uma constante: extração do Pau-Brasil, cana-de-açúcar, escravidão, mineração. E o ouro que saiu do Brasil, não enriqueceu Portugal, em virtude de um tratado que havia entre Portugal e Inglaterra, por meio do qual Portugal vendia vinhos cada vez mais baratos para Inglaterra, que vendia tecidos cada vez mais caros para Portugal. O ouro do Brasil permitiu o capitalismo na Inglaterra. Tratou-se de um país, assim, que existiu primeiro para Portugal e depois para Inglaterra. E ainda vieram, posteriormente, os EUA.

Estou enfatizando esse aspecto porque, atualmente, a Constituição Federal, para cuja construção tanto contribuíram o Ministério Público e a sociedade, mas nominalmente – entre outros – o Hugo Nigro Mazzili, afirma que são objetivos da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. É o regime democrático.

Retomando a pergunta, sobre como me inseria como promotor de justiça no contexto da década de 1950 e 1960. Bom, trabalhei nas seguintes comarcas: como promotor substituto em Santos, por 4 dias; após fui promovido para Tupi Paulista nominalmente, para ser promotor em Dracena; depois fui para Araras, porque meu

filho nasceu e não podia suportar o clima em Dracena. Como disse venho da militância católica, e sempre tive uma opção de ligação com os operários. Eu ministrava cursos de aritmética, matemática, economia e português com a JOC (Juventude Operária Católica) desde jovem. Eu havia sido advogado do sindicato dos metalúrgicos, que tinha mais de 500.000 sócios e, como promotor, passei a prestigiar os eventos sindicais para os quais era convidado. Eles mandavam convites para todas as autoridades municipais, mas nenhuma comparecia.

Quando fui à primeira posse do sindicato dos metalúrgicos, foi uma surpresa para todos: historicamente o promotor não comparecia. Perguntaram se eu gostaria de falar, e falei que sim. Iniciei a fala dizendo “companheiros”, e foi nova surpresa geral. Essa expressão eu usei devido a uma razão: companheiro é quem come junto (do latim “cum panis”). A partir daí passei a estreitar minha relação com os sindicatos da região. Uma das ações que tive foi modificar o horário de atendimento aos trabalhadores para o período noturno, tendo em vista que o atendimento era localizado exclusivamente durante o horário de trabalho dos operários, o que fazia com que eles perdessem não somente o dia de trabalho, caso fossem falar com o promotor de justiça, mas também o domingo de folga, em virtude da legislação vigente. Desse modo, passei a atendê-los de noite. Mas não fiz apenas isso: passei a ministrar aulas sobre legislação trabalhista, antes do atendimento. Assim, entre 20h e 21h ministrava as aulas, e a partir das 21h fazia o atendimento. As aulas eram boas e eu publicava no jornal local um resumo, que servia como apostila. Foi um sucesso, e outros sindicatos passaram a demandar as aulas: sindicato dos metalúrgicos, sindicato de alimentação, etc. Até fundei um sindicato: sindicato da construção civil. Desse modo o movimento sindical foi crescendo na região. Fundamos, assim, uma central sindical local, o Movimento Sindical Ararense, e um movimento sindical regional, com participação de mais de 200 sindicatos de 20 cidades. A nossa atuação se estendia de Nova Odessa / Campinas até São José do Rio Preto.

Outro campo de ação importante que tive foi junto ao movimento estudantil. Havia, na região, o teatro de estudantes. Eu venho de militância estudantil e resolvi acompanhar o teatro de estudantes. Após um palpite ou outro, fui chamado para dirigir o teatro de estudantes. Passei, então, a ser o diretor do teatro.

Outra ação relevante foi a criação do Centro de Estudos Sociais. O Centro de Estudos Sociais foi fundado em Araras, uma cidade de 26 mil habitantes. Mensalmente, havia palestras em Araras, tendo passado por lá palestrantes de grande importância, como Luciano Lepella (Partido Comunista), Rubens Paiva, Almino Afonso, André Franco Montoro, entre outros. O Bispo de Santo André falou, numa ocasião, para 1500 pessoas. Numa cidade de 26 mil pessoas, um mil e quinhentas acompanharam a fala do Bispo de Santo André, pelo Centro de Estudos Sociais.

Outra ação interessante que tive diz respeito a uma aliança estudantil, operária e camponesa. Como eu tinha uma penetração muito forte nos sindicatos e era diretor do teatro de estudantes, contribuí muito para isso. Convidei a Ação Popular para fazermos três dias de Aliança Estudantil, Operária e Camponesa na cidade de

Araras. Três dias com Betinho, entre outros, vivendo com operários rurais e trabalhadores.

Havia outros promotores com esse tipo de orientação: Luis Carlos, Chopin, Plínio Sampaio. Além desses, havia promotores que expressamente manifestam admiração pelo que fazíamos. Dou exemplos: João Lopes Guimarães, Ronaldo Porto Macedo, Antônio Celso Di Nuno Corrêa, entre outros. Havia simpatizantes. Havia promotores contrários? Havia, claro. Dou um exemplo: havia um promotor chamado Marques, que tinha uma organização chamada Frente Anti-Comunista, que era a direita da direita da direita da direita.

De todo modo, com todas essas ações eu passei a ficar mal visto pelos setores mais conservadores das cidades onde trabalhei. Em Araras, a Câmara dos Vereadores votava moções contra mim, me acusando de tudo. Me acusavam de incitar a luta de classes. O que eu fazia era o seguinte: das pessoas que eu atendia, em 75% dos casos eu fazia acordos; 50% acordos integrais e 25% acordos parciais; dos 25% que iam a juízo, eu ganhava 75% das reclamações, 50% das quais integralmente. Eu mostrei no relatório que fiz para a Corregedoria, em resposta às acusações, os dados: era assim que eu “incitava a luta de classes”, fazendo cumprir a legislação. Na verdade, o que havia era uma cidade com cultura escravocrata.

Marcelo Pedroso Goulart

Hugo, você falou da sua tese sobre a independência funcional, que certamente foi apresentada em algum seminário de grupos de estudos...

Hugo Nigro Mazzilli

Em 1976.

Marcelo Pedroso Goulart

Eu aqui estou recordando um texto, parece-me um texto seminal do Ministério Público social de hoje, do Cândido Dinamarco, publicado na Revista *Justitia*, em 1968, que é fruto de uma palestra que ele fez no âmbito de grupo de estudos – *O Ministério Público na sistemática do Direito brasileiro*. Então veja bem: um texto importante do Cândido, que estou citando, fruto de uma palestra no grupo de estudos; a sua tese sobre independência funcional, apresentada no âmbito de grupo de estudos... Como foi grupo de estudos nesse período que gestou o Ministério Público da Democracia?

Hugo Nigro Mazzilli

Os grupos de estudos do Ministério Público paulista foram fundados em 1967. O Mário de Moura Albuquerque tinha sido um grande líder da instituição. Pessoalmente eu não tenho boas lembranças dele, pelas razões que contei; eu posso dizer outras também. Mas, para a instituição, ele foi um líder muito importante, e, quando ele morreu, os Promotores quiseram homenageá-lo e fizeram uma reunião inicial em Bauru, e depois outras e outras... Eram reuniões informais, para discutir teses jurídicas, para discutir assuntos de atualidade, e esses grupos foram se tor-

nando uma referência importante na evolução institucional do Ministério Público. Eu me lembro que, em 1976, eu era Promotor substituto, já há 3 anos, a carreira fechada, as promoções muito lentas... E o Dante Busana – que era um Promotor de Justiça de entrância especial, muito culto, um Promotor de grande respeitabilidade, um grande profissional, um dos maiores Promotores que eu conheci —, o Dante Busana tinha de fazer uma palestra em Bauru, justamente no Grupo de Estudos Mário de Moura Albuquerque, e seria num sábado. Ele deveria falar sobre *O Ministério Público no processo penal*. Naquela semana, houve um problema sério de saúde na família dele, e ele avisou que não poderia ir no sábado fazer a palestra. O coordenador-geral de grupos de estudos era o Álvaro Pinto de Arruda; ele se aliou ao Júlio César Ribas, um modelo de Promotor – na minha opinião, talvez um dos Promotores mais eficientes e que mais souberam compreender a atuação da nossa instituição – ele não ia atrás da doutrina alemã, da doutrina italiana; ele ia muito bem no arroz-com-feijão, que é isso o que precisa ser feito pela nossa instituição, dentro do prazo, que ele cumpria, e fazia, e trabalhava. Esses dois Promotores me procuraram. Eu trabalhava na Equipe de Repressão a Roubos e eles me falaram o seguinte: Hugo, o Dante não vai fazer a palestra no sábado; nós queríamos convidar você. Eu tomei aquilo como brincadeira – faltavam quatro dias para a palestra, e eu, um Promotor substituto, iria substituir Dante Busana?!... O Dante Busana era um grande luminar do Ministério Público, e eu era um Promotor substituto... Seria uma ousadia, um atrevimento, até um desrespeito a quem fosse assistir à palestra do Dante Busana, chegar lá e encontrar um Promotor substituto. Eu falei: não, não vou, não posso ir; imaginem quem chegue lá e não encontre o Dante! “Ah, não! Se o problema é esse, nós vamos mandar uma circular para a classe!” – e ambos se levantaram e saíram, me deixando perplexo. Eles rodaram a circular, e lá estava eu tendo de ir para Bauru para substituir Dante Busana... E aconteceu uma coisa interessante: eu tinha, naqueles momentos que antecederam a palestra, tido a coincidência de ter trabalhado num caso na Equipe de Repressão a Roubos, em que se discutiam os limites dos poderes de designação do Procurador-Geral. Isso porque a nossa Equipe de Repressão a Roubos era toda ela composta de Promotores designados – nenhum deles tinha cargo de Promotor de Justiça de repressão a roubo, especificamente. Nós éramos Promotores designados pessoalmente por portaria do Procurador-Geral, em prejuízo das atribuições dos Promotores que oficiavam junto às Varas, que ficavam impedidos de atuar nos processos de roubo que a nós tinham sido cometidos. E quando um Promotor junto à Vara funcionava num processo de roubo em contrariedade ao texto da portaria, nós, zelosamente, ciosamente, combatíamos a atitude do Promotor – às vezes até com bastantes motivos. Eu me lembro de um caso que eu tive como referência, era um caso muito suspeito: o réu de roubo tinha sido absolvido, apesar de reconhecido pela vítima, pelas testemunhas, o produto do roubo apreendido em seu poder, mas quem tomou ciência daquela absolvição injusta, absurda mesmo, tinha sido o Promotor que oficiava junto à Vara, e que não recorreu... Por que ele não recorreu? Não sei... excesso de serviço? Distração? Incúria? Porque

o cartório pôs o processo na pilha errada?... Aquele processo era nosso, era da equipe! E transitou em julgado a absolvição. O que fiz? Eu interpus uma apelação, alegando que o “ciente” anterior era nulo; negado o processamento do apelo, eu interpus um recurso em sentido estrito, para discutir as atribuições do Promotor junto à Vara, dizendo que ele não tinha atribuições para tomar aquela ciência. E ganhei o recurso, no Tribunal de Justiça de São Paulo, que concluiu que, se o Procurador-Geral tinha designado outros Promotores para officiar no feito, valia a designação, e não a atribuição do Promotor afastado. Naturalmente, fiquei todo contente por ter ganho meu recurso... Entretanto, em seguida a isso, Jaques de Camargo Penteado, um colega de Equipe de Repressão a Roubos, teve um caso igual ao meu – recorreu e perdeu... E quando eu comparei os dois acórdãos – aquele do caso que eu ganhei, que dizia que o Procurador-Geral pode designar quem ele quiser, e aquele do caso do Jaques, que ele perdeu, e que dizia que o Procurador-Geral tem limites nas suas designações – aí aconteceu o incrível! Eu me convenci de que o certo era o acórdão do segundo caso, não o que eu ganhei, e sim aquele que impunha limites aos poderes de designação do Procurador-Geral... É que, comparando tecnicamente os dois acórdãos, eu percebi que os limites do poder de designação do Procurador-Geral são uma garantia para a sociedade: limitando-os, ele fica sem poder manipular a instituição; o importante é que o Promotor tenha as atribuições do cargo, e não aquelas ao alvitre do Procurador-Geral, que possa tirar ou pôr num processo quem ele quiser – o que, muitas vezes, ainda mais numa situação de Ditadura, é o que mais convém ao governo! A manipulação das designações permitiria ao governante, que na época nomeava e destituía livremente o próprio Procurador-Geral – permitiria ao governante afastar o Promotor que o incomoda, ou permitiria designar o Promotor que estivesse aliado à sua tese. A partir daí, eu fui para a palestra de Bauru, no grupo de estudos, com esta ideia, ou seja, para discutir exatamente os limites dos poderes de designação do Procurador-Geral. E eu sustentei, naquela ocasião, que o Promotor, titular de Promotoria, que tenha recebido atribuições por uma distribuição fundada em critérios *da lei*, tem direito às atribuições do cargo, e não pode ser afastado discricionariamente pelo Procurador-Geral, e, se afastado fosse, ele teria direito de resistência e mandado de segurança: isso está na *Revista dos Tribunais*, volume 494, página 269. Foi meu primeiro artigo publicado nessa revista... E, nessa ocasião, nós sustentamos isso no seminário do fim do ano, sendo que a Associação Paulista do Ministério Público nos apoiou, porque mais progressista. Ela contava com um grupo de Promotores notáveis, avançados, como o João Lopes Guimarães, o Carlos Siqueira Netto, e eles me estimularam a ir até o seminário de 1976, em Serra Negra, onde eu apresentei a tese de que o Promotor tem de receber suas atribuições em virtude de critérios legais, e não por vontade unipessoal do Procurador-Geral que, naquele tempo, era nomeado e demitido livremente pelo Governador do Estado! E essa tese foi vitoriosa!

E até aconteceu uma coisa curiosa... Quando terminou a votação no seminário, nós ganhamos por poucos votos. A instituição era muito dividida a esse respeito

naquele tempo: havia o setor mais progressista, mas também havia o setor conservador, que era notável também. Aí aconteceu o seguinte: quando terminou a votação e nós ganhamos a aprovação da minha tese de que o Promotor deveria ter direito às atribuições do cargo – tese que hoje é conhecida como *princípio do promotor natural* —, o Dante Busana, que estava presente ao seminário de fim de ano (ele não tinha ido à palestra de agosto, mas o seminário ocorreu em dezembro de 1976), o Dante se virou para mim e disse: Hugo, essa sua tese vai trazer um mal incalculável para a instituição. E por quê, Dante, perguntei. Disse ele: porque vai permitir que o mau Promotor se recuse a ser afastado pelo bom Procurador-Geral. Eu retruquei: Dante, eu tenho medo do contrário: do mau Procurador-Geral afastar o Promotor que esteja cumprindo as suas obrigações!

E o tempo passou, nós vemos que essa tese não causou mal algum à instituição, pelo contrário: hoje é uma tese reconhecida nacionalmente. Existem até acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o princípio do promotor natural, que é a existência de um órgão do Ministério Público, dotado de atribuições previstas na lei, e não dependentes da vontade unipessoal do Procurador-Geral, o qual hoje já ganhou mais garantias, maior independência, porque tem mandato, mas, assim mesmo, continua sendo escolhido pelo chefe do Poder Executivo... ou seja, ainda é, de todos os membros do Ministério Público, aquele que teoricamente tem alguma ligação com os governantes e a política partidária, ao contrário dos Promotores, que são investidos por concurso.

Marcelo Pedrosa Goulart

Darcy, aquele quente março de 1964, onde você estava? De onde você testemunhou tudo aquilo que aconteceu? O que você fazia?

Darcy Paulillo dos Passos

Em março de 1964 eu tinha 34 anos e era promotor de 2ª entrância. No dia 13 de março eu estive no Rio de Janeiro, no famoso Comício das Reformas. Fui para lá de trem, saindo de São Paulo para o Rio de Janeiro. No percurso, o trem ia parando em cada cidade e entravam representantes dos sindicatos daquela cidade. Eu fui daqui ao Rio de Janeiro fazendo em cada vagão uma palestra sobre as reformas de base. Foram cerca de sete ou oito horas fazendo palestras no “trem das reformas”. Assisti ao comício sentado na sarjeta, junto com uma secretária, que havia trabalhado no gabinete do Almino quando este era ministro do Trabalho. Assisti ao comício. No dia 31 de março eu estaria indo para Araras, onde trabalhava. Se eu tivesse ido eu teria morrido. Uma juíza do trabalho, chamada Ceci, conta sobre os preparativos para minha morte no livro “Juventude de chumbo: conto como fomos”, que foi tramada e programada. Mas, motivado pelo golpe, não fui para Araras. Entre 31 de março e o dia 3 de abril eu fiquei com a direção da Ação Popular na minha Kombi, correndo de um lado para outro para ver o que seria possível fazer. Mas não havia nada a ser feito, e nós fomos embora para casa. Em relação a minha não ida a Araras, preciso reconhecer publicamente a importância do Procurador Geral Wer-

ner Rodrigues Nogueira. Ele me chamou e disse: Doutor Darcy, eu não posso tirá-lo de Araras, mas eu o aconselharia a não voltar para lá. Devia saber o que estava acontecendo... Werner Nogueira, na juventude integralista, como Procurador Geral foi de uma delicadeza e distinção ímpares. Em outra ocasião me chamou e disse: Doutor Darcy, se o senhor for hoje de tarde ao Ministério Público e requerer com data de ontem férias, o Diário Oficial de amanhã publicará com data de anteontem a concessão das férias. Entendi o recado, e me mandei direto. Ele também tirou o Luis Carlos Alves de Souza de dentro da cadeia e, segundo dizem, hospedou na casa dele um promotor perseguido pela polícia. Outra participação importante na proteção aos promotores perseguidos pelo regime foi dada pela Associação Paulista do Ministério Público, que propôs – e eu tenho cópia da deliberação comigo – que sustentaria os promotores postos para fora do Ministério Público. Eu fui procurado e me ofereceram sustento, em nome da Associação. Nesse momento, eu já tinha conseguido trabalho, mas fiquei de verificar com os outros promotores se havia alguém com necessidades. Tempos depois, quando o Chopin tinha sido cassado e ficou impedido de exercer a função de promotor, ele recorreu à Associação, que bancou parte de suas despesas, tendo ele depois ressarcido a Associação. Ainda em relação à participação do Ministério Público na defesa e proteção dos promotores perseguidos pelo regime ditatorial, é importante destacar que o Procurador Geral requereu arquivamento de diversos inquéritos policiais que tramitavam, por inexistência de crime contra a segurança nacional. Ele requereu o arquivamento do inquérito que tramitava contra mim e contra o juiz Dácio de Arruda Campos ou “Matias Arrudão” (pseudônimo), que era do Partido Comunista, por exemplo. No caso do Dácio, o Tribunal arquivou por uma pequena maioria. No meu, por uma grande maioria, o Tribunal recusou o arquivamento. O Tribunal esmagadoramente votou com um desembargador, que foi relator designado, que era suspeito declaradamente, porque durante o julgamento, por duas ou três vezes, ele bateu no peito e disse: “eu sou reacionário mesmo”. O Ministério Público pediu arquivamento, negaram, e então o Ministério Público recorreu ao Supremo Tribunal Federal, que disse que o titular da ação penal é o Ministério Público, arquivado o inquérito. Achavam que eu era agitador. E com razão, porque eu também acho que eu era agitador. Mas eu não era apenas agitador, era também um promotor muito bom. E não sou eu que estou dizendo isso sobre mim mesmo. O Dante Busana foi quem assumiu o cargo em Araras depois que saí, e ele relata isso. Houve uma reclamação trabalhista em que trabalhei, que foi julgada procedente em favor de uma família de oleiros, contra o dono de uma usina, que era também dono de fazendo e de cartório. Naquela ocasião, conseguimos uma sentença favorável na ordem de 5 milhões “a moeda da época”, pois consegui provar que aquela família de oleiros trabalhava com mais produtividade que as olarias internacionais (utilizei o anuário estatístico da ONU para provar), que as olarias sul americanas (utilizei o anuário estatístico da CEPAL para provar) e que as olarias do estado de São Paulo (utilizei o anuário estatístico do Departamento Estadual de Estatística para provar). Em outro caso, utilizei um livro

de medicina legal francês para conseguir uma sentença favorável a um operário em caso de acidente do trabalho, numa situação que contrariava o que diziam os manuais brasileiros de medicina legal. Um outro caso, relacionado a uma quadrilha de cartas falsas que atuava em Araras, rendeu o seguinte elogio do Dante Busana: se nada houvesse, nessa comarca, que justificasse a passagem por aqui do Doutor Darcy Passos, bastaria esse processo. Para não dizer que estou pondo elogio na boca do Dante, que não está aqui para negar, vou narrar outro fato. O Procurador Geral, quando teve requisitada minha ficha pelos órgãos de investigação, atendeu à requisição mandando meu prontuário e dizendo: “no prontuário desse promotor nada consta que o desabone moral ou funcionalmente”. Esse é um elogio que não é de boca própria...

Marcelo Pedroso Goulart

Hugo, eu gostaria que você relatasse para nós um momento importante da vida institucional, que foi o momento de mobilização dos Promotores de Justiça de São Paulo e do Brasil, para pôr na nova Constituição esse perfil de Ministério Público comprometido com as causas sociais, com a construção da Democracia, naquele momento importante da *Carta de Curitiba*, e depois o próprio acompanhamento que o Ministério Público fez durante o processo de elaboração da Constituição.

Hugo Nigro Mazzilli

Quem abre a Constituição hoje no art. 127 e vê que o Ministério Público está vocacionado à defesa de valores sociais, e mais, está vocacionado à defesa do próprio regime democrático, acha isso absolutamente natural. Eu imagino que, se eu perguntasse a qualquer um dos senhores aqui se o Ministério Público tem alguma coisa a ver com a Democracia, creio que a resposta unânime seria *sim* – ninguém negaria isso hoje. Também se eu perguntasse isso a alunos numa Faculdade de Direito, ou se perguntasse aos Promotores, ou até se eu saísse à rua e perguntasse a pessoas razoavelmente bem informadas – essa seria a resposta... Mas não foi fácil chegar a isso, e nem essa vinculação é tão óbvia assim. Por quê? O Ministério Público nasceu dentro do Estado, como braço do governante, como braço do rei. Assim, que ele servisse o governante, era a coisa mais natural – não tinha nada a ver com Democracia: o Ministério Público nasceu para servir o governante – essa é a realidade da nossa *certidão de nascimento*... Entretanto, com o passar do tempo, as coisas foram mudando, e essa mudança não foi suave.

Quero contar aqui apenas alguns episódios mais próximos que levaram ao momento que nós estamos vivendo hoje. Eu me lembraria que, quando a Ditadura militar ainda estava no auge de sua força, em 1981 o Governador nomeado de São Paulo era Paulo Maluf. Ele tinha congelado a remuneração dos Promotores e Juízes, numa época de inflação altíssima; os Magistrados então tinham se dado um auto-aumento valendo-se da autonomia do Poder Judiciário, e então surgiu uma desequilíbrio real entre Promotores e Juízes, com clima de grande mal-estar, e a Associação Paulista do Ministério Público entrou em clima de assembleia geral per-

manente. Nesse momento, um grupo de Promotores começou a ventilar a ligação do Ministério Público com Democracia. O primeiro trabalho foi apresentado em janeiro de 1982, numa assembleia geral da Associação: Carlos Francisco Bandeira Lins disse que, como o Ministério Público almeja a construção de uma sociedade plenamente democrática, a luta pela adoção de novas regras legais que o estruturarem deve levar isso em conta. Isso foi uma influência já da Constituição portuguesa de 1976, que já falava numa ligação entre Ministério Público e “legalidade democrática”. Pouco depois, creio que dois meses depois – era uma assembleia permanente —, eu estava presente a esta assembleia, foi no Auditório Queiroz Filho, o Ministério Público ainda estava instalado no Edifício João Mendes Júnior, 15º andar, nesta Capital, um grupo de Promotores de Justiça, entre os quais me lembro de Cláudio Brochetto, Liliana Buff de Souza e Silva e outros assinaram uma moção, propondo que o Ministério Público deveria destinar-se à defesa da legalidade democrática. Isso é uma coisa que hoje passaria sem discussão, salvo possivelmente quanto a aspectos redacionais. Pois naquele tempo deu uma discussão pesadíssima, agressiva, já que muitos achavam que o Ministério Público não tinha nada que ver com Democracia, nada! Isso foi a votação. Eu vi o livro de atas. Havia 176 Promotores naquele auditório. Sabem como terminou a votação?... Empatada!... Metade dos Promotores achava que o Ministério Público não tinha nada a ver com a Democracia, e outra metade achava o contrário! A situação era inédita, e os votos eram baseados na contagem de quem levantava o braço. Então era um tanto confuso, pois tinha uma porção de colegas contando e recontando os votos... Acho até que foi uma coincidência muito grande de, numa situação de contagem tão precária como essa, a votação terminar empatada... Mas terminou empatada! E o Presidente da Associação era Cláudio Ferraz de Alvarenga. Percebia-se o inusitado da situação, uma situação também delicada, pois estávamos na Ditadura... Aprovar que o Ministério Público tinha alguma coisa a ver com a Democracia, estando dentro de uma Ditadura, era um ato hostil à Ditadura. O Presidente da Associação, político hábil, resolveu a questão da seguinte forma: em vez de dar seu voto de minerva, mandou contar os votos outra vez!... Quem sabe na segunda contagem a coisa se esclarece... Surpresa! A segunda contagem terminou... empatada! As pessoas tinham convicção: quem era contra a ligação com a Democracia, era contra; quem era a favor, era a favor... Que é que o Presidente da Associação tinha de fazer? Regimentalmente ele tem de dar o voto de minerva, é o desempate, ele tinha de desempatar, não tinha saída. Sabem o que ele fez? Ele interrompeu a assembleia, por uns 10, 15 minutos, ele foi pensar o que ele iria fazer... Alguém interromperia uma assembleia dessas, hoje em dia, para decidir uma questão dessas? Naquele tempo, porém, era delicado, pois se ele dissesse *tem ligação*, era uma posição política que a associação estava tomando; *não tem ligação*, é outra posição. Vinte minutos depois, meia hora depois, ele reabriu a sessão e desempatou, a favor de o Ministério Público ter ligação com a defesa da legalidade democrática! Isso foi em 1982. Nós tínhamos acabado de ver entrar em vigor uma Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – a Lei Complementar n.

40/81 – que, aliás, contou com a colaboração de Darcy Passos, que era Deputado Federal na época e trabalhou muito nessa lei. No corpo dessa lei nós já tínhamos tentado inserir a ligação do Ministério Público com Democracia, o que não tinha passado, evidentemente.

Agora temos um momento subsequente. Já estamos chegando às vésperas do fim do governo militar. O governo militar nos anos seguintes, ainda na década de 80, já estava começando a perceber que já tinha muito desgaste, e já estava se retirando de cena sem revolução, sem derramamento de sangue. O Tancredo Neves tinha acabado de ser eleito, por eleição indireta, na qual ele ganhou a Presidência da República do Paulo Maluf. Todo o Brasil percebeu que as coisas iam mudar e uma nova ordem constitucional teria de surgir, nós sabíamos disso: era uma aspiração popular. O Ministério Público tinha dois caminhos: o primeiro seria cruzar os braços e esperar as mudanças, e o outro seria tentar colaborar e participar dessas mudanças. Foi este o caminho que nós escolhemos. As lideranças do Ministério Público nacional na época entenderam que nós deveríamos mobilizar a opinião pública. Como? Mostrando que o Promotor de Justiça já era o defensor do povo. Aquilo que o Darcy Passos e tantos outros já faziam, atendendo o público, propondo as reclamações trabalhistas que nós fazíamos, que eram tão desgastantes, mas tão importantes; aquele atendimento nas questões de família – tudo isso é o *ombudsman*! Quantas vezes a gente resolvia problemas familiares, problemas econômicos, problemas sociais... Tudo isso o Ministério Público precisava mostrar aos constituintes que ele tinha aptidão para essa função, quando se falava na criação de um *ombudsman* fora do Ministério Público – o ouvidor do povo. Nós queríamos mostrar que o Ministério Público não era a advocacia do Estado; nós não tínhamos que defender o Estado. Este precisa de defesa, mas pelos seus advogados; mas nós queríamos, nós precisávamos de um Ministério Público independente, que pudesse defender a sociedade muitas vezes até mesmo contra o Estado.

Assim, nós fizemos um congresso nacional de Ministério Público em 1985, aqui em São Paulo, e o tema era *Ministério Público e constituinte*. Nós só aceitávamos teses que tinham alguma coisa a ver com Ministério Público e constituinte. Para este congresso, acorreram Promotores do Brasil todo; não houve nenhum Estado da Federação que não estivesse presente. Todos os Estados! Nós tivemos mil Promotores aqui neste congresso! Era um número expressivo, pois naquela época, no Brasil todo só havia 5 mil Promotores! Nós tínhamos mil, aqui reunidos, no congresso no Hotel Transamérica. Nós apresentamos várias teses, como para discutir se o Ministério Público deve ser órgão do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário ou órgão independente; se o Procurador-Geral precisa ter mandato ou não; se ele precisa ser escolhido dentro da classe ou se pode ser escolhido fora da classe, como podia ser, naquela época – o Procurador-Geral, chefe do Ministério Público, podia ser um advogado, uma pessoa de “notável saber jurídico”, que não fizesse parte sequer dos quadros da instituição; se o Ministério Público precisava de garantias – inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos; se o Ministério Público devia ter,

ou não, exclusividade da ação penal pública; se devia ter ação civil, a defesa do meio ambiente... Todos estes assuntos ainda não constavam da Constituição, e nós queríamos pô-los nela, para dar força e estabilidade ao Ministério Público.

Nesse momento, com as teses do congresso de Ministério Público de 1985, nós fomos para um encontro em Curitiba, capital do Paraná, em junho de 1986. Neste encontro, pela primeira vez, nós reunimos todos os Presidentes de associações de Ministério Público e todos os Procuradores-Gerais... Isso porque, até então, os Procuradores-Gerais tinham o seu órgão, o Colégio Nacional de Procuradores-Gerais, e os Presidentes de associações também tinham o seu órgão, que era a CONAMP, então Confederação Nacional do Ministério Público. Acreditem: eles nunca tinham se sentado juntos! Nós reunimos os dois órgãos e fomos para Curitiba, contando também com a presença do Procurador-Geral da República, apesar de este sequer integrar o Colégio Nacional de Procuradores-Gerais. São Paulo foi com uma delegação recorde: nós fomos com dez Promotores. Os outros Estados foram com pelo menos 3: o Procurador-Geral, o Presidente da Associação e um assessor. Ficamos três dias num hotel, discutindo o perfil do Ministério Público que nós queríamos para a Constituição que iria ser feita em 1988.

Naquele tempo, o Ministério Público era muito díspar. Aqui em São Paulo, o Promotor tinha garantias equivalentes às do Judiciário; o Procurador-Geral era da carreira, tinha mandato; os membros do Ministério Público não advogavam... Mas isso não era assim em todos os Estados: no Rio de Janeiro, os Promotores advogavam; o Ministério Público Federal era chefiado por um advogado, que era o Procurador-Geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, aliás, presente ao encontro; o Ministério Público Federal exercia a defesa patrimonial da União como advogado da União; os vários Ministérios Públicos nacionais sequer tinham os mesmos órgãos, pois em alguns Estados o Procurador-Geral acumulava as funções de corregedoria, enquanto São Paulo e outros Estados já tinham órgãos separados para isso.

Nós queríamos um perfil nacional para o Ministério Público, e foi muito difícil obter isso, porque, em Curitiba havia, pois, grande disparidade de Ministérios Públicos. Enquanto o Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Minas e outros Estados tinham muitos pontos semelhantes em seu perfil, por outro lado o Rio de Janeiro, o Ministério Público Federal e outros Estados puxavam para baixo a instituição, nesses pontos indicados, pois queriam que os membros do Ministério Público continuassem advogando, ou seja, exercendo a advocacia privada. Isso era um erro muito grande, porque, se o membro do Ministério Público é ao mesmo tempo advogado, ele *tende* a poder dar mais atenção aos casos de sua banca privada que aos casos da sua banca pública, cuja remuneração já está garantida de antemão...

Então, nós fomos para esse encontro em Curitiba, e a discussão foi muito grande, a tal ponto que vou contar um pormenor a vocês, que ocorreu quando nós estávamos votando se o membro do Ministério Público pode fazer advocacia privada. São Paulo disse *não pode*, não tem cabimento, isso é um desvio da função primordial, que é servir a população e não ao cliente particular do advogado. Quando

nós dissemos isso, a bancada do Rio de Janeiro se levantou, capitaneando a posição contrária. Eles levaram um grande jurista, um homem muito culto, Sérgio D'Andrea Ferreira, um administrativista famoso, Procurador de Justiça, era dono de uma das maiores bancas de advocacia do Rio de Janeiro naquela época – era membro do Ministério Público e dono de uma banca de advocacia. Ele defendeu veementemente que o membro do Ministério Público precisava advogar, e nós combatemos essa posição. E a um momento, o Sérgio D'Andrea, percebendo que ia perder, se levantou e disse o seguinte: mas eu estou aqui para cuidar da minha vida! O Promotor paulista Pedro Franco de Campos, que estava presente, aparteu e disse: então saia, porque aqui nós estamos cuidando do Ministério Público! Ele se levantou e saiu, junto com o Navega e o Biscaia, respectivamente Procurador-Geral e Presidente da associação carioca!... E nós ficamos, votamos e ganhamos, e proibimos o membro do Ministério Público de exercer a advocacia! Depois a bancada do Rio acabou voltando para discutir outros assuntos, mas tudo isso aconteceu! É para vocês verem como as coisas foram difíceis, delicadas...

Vou contar outro episódio da Carta de Curitiba, muito curioso... José Paulo Sepúlveda Pertence, depois foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, era o Procurador-Geral da República. Ele estava presente ao evento, por deferência dele, porque o Ministério Público Federal não integrava nem a Conamp nem o Colégio Nacional de Procuradores-Gerais. Mas ele foi convidado e foi, para prestigiar o evento; teve um papel importante, nos ajudou muito na Constituinte – menos na questão da advocacia, porque eles queriam continuar advogando... Houve um episódio que me envolveu, e a ele também. Eu lutei muito, e usei a palavra por São Paulo nesse episódio, para sustentar a necessidade de o Procurador-Geral ter investidura por tempo certo, para não poder ser demitido livremente pelo chefe do Poder Executivo como era naquela época. E todos concordaram, acharam razoável, muito bem, e o próprio Pertence achou muito bom, muito bonito... Só que eu queria isso para *todos* os Procuradores-Gerais, evidentemente! Chegou, porém, a hora de votar se o Procurador-Geral do Trabalho e o Procurador-Geral Militar precisavam ter investidura por tempo certo, o Pertence pediu a palavra e disse que não, para esses dois não, porque eram cargos de confiança do Procurador-Geral da República e, para ter mais harmonia no Ministério Público da União, era necessário que ele escolhesse aqueles que tivessem certa afinidade com o Procurador-Geral da República. Eu retruquei: deixa ver se eu entendi – quer dizer que para o senhor ter autonomia e independência funcional, o senhor quer mandato, para os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados eles também querem mandato, mas para os Ministérios Públicos do Trabalho e Militar, eles não precisam nada disso?! Foi aquele clima desagradável, fomos para votação, ganhamos – na Carta de Curitiba todos os Procuradores-Gerais adquiriram o direito ao mandato, o que é uma realidade hoje. E o Pertence, na hora em que terminou a votação, que o desfavorecia (ele não votou, nem podia votar, mas ele tinha bastante prestígio, ele tinha voz, era o presidente honorário da sessão), ele se virou para o Luiz Antônio Fleury Filho, que era o Presidente da CONAMP,

ou para o Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo, que era seu Secretário, não me lembro mais exatamente a qual dos dois ele se dirigiu, e ele deu uma cochichada para um deles, tampando a boca com a mão, e não ficamos sabendo o que tinha sido. Após, eu cheguei ao Fleury e ao Araldo e lhes disse: escutem, o que foi que o Pertence cochichou para vocês, no fim da votação? Eles me disseram: o Pertence perguntou se você era Promotor da oposição... Na verdade, eu tinha sustentado uma posição bem diversa daquela que convinha a ele...

Mas nós tivemos um mérito em Curitiba. Em Curitiba, nós conseguimos, pela primeira vez, fazer um texto de consenso. Era um consenso meio forjado a martelada, porque o Rio de Janeiro não saiu convencido; o Procurador-Geral da República não saiu convencido... nós também não saímos convencidos! Nós, de São Paulo, em algumas coisas lá tivemos de abrir mão para dar acordo. Por exemplo, na Carta de Curitiba tivemos de aceitar que o Procurador-Geral da República pudesse ser escolhido fora da carreira – a pedido do Pertence. A Carta de Curitiba, nesse ponto, foi fraca, mas foi um modo de a gente costurar um acordo, para podermos ir a Brasília, na Constituinte, com um texto na mão, caso contrário iríamos com vinte e tantos textos, que eram os vinte e tantos Ministérios Públicos que existiam naquela época. E nós fizemos esse acordo.

E o que aconteceu em Brasília? Aí começou a Constituinte. O primeiro momento de trabalho da Constituinte, não sei se vocês sabem, foi protagonizado pelo Ministério Público. O constituinte Plínio de Arruda Sampaio era o Presidente da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Plínio, filho de Promotor, ele próprio Promotor cassado, Plínio de Arruda Sampaio começou com o primeiro ato da Constituinte, que foi uma audiência pública na qual ele ouviu o Presidente da CONAMP, que a esta altura era Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo, para saber as perspectivas que nós reivindicávamos na Constituinte. O Araldo, muito bem preparado, foi com um discurso social muito importante, querendo dizer que nós tínhamos com que contribuir para a Nova República, para a nova filosofia de um Ministério Público comprometido com a sociedade e não mais com o governante, um Ministério Público que pudesse servir às necessidades da população, até mesmo em contraste com o governante, se este se recusasse a conceder direitos constitucionais. E aquilo impressionou bem, teve bastante aceitação. A seguir, nós fomos de etapa em etapa, lutando com as dificuldades e percalços naturais do processo constituinte, e nós estávamos crescendo, nós estávamos indo bem – o Ministério Público estava com um perfil forte, avançado, progressista – quando aconteceu um desastre... Abril de 1988... Nós ainda não estávamos na fase final de promulgação... O relatório do constituinte Bernardo Cabral relator-geral já tinha sido encaminhado, o Ministério Público estava bem razoável na situação, quando surgiu um movimento paralelo na Constituinte... Um grupo muito grande de constituintes, percebendo que eles estavam marginalizados das grandes decisões, que estas estavam sendo tomadas em gabinetes e não no plenário da assembleia nacional constituinte, – esse grupo fez um movimento que se chamou, se autodenominou, e a quem a imprensa também

denominou de *Centrão*... E o *Centrão* era um movimento mais de direita, ou de centro-direita, do que de centro-esquerda; era bem reacionário em algumas questões – na parte econômica, na parte de direitos sociais e, evidentemente, na parte do Ministério Público, pois o Ministério Público exprime muito a filosofia de um Estado. Se o Estado é progressista, dar garantias a um Ministério Público forte só é possível num país democrático. Ministério Público forte pode existir em qualquer lugar, mas não com garantias, mas não independente! E nós estávamos planejando o perfil de um Ministério Público independente e autônomo. Mas, nesse momento, o *Centrão* alterou o capítulo todo do Ministério Público, entre outras coisas. E aí foi um desastre: o Ministério Público caía a uma situação lamentável – melhor do que na Carta de 1969, sim, mas muito inferior à Carta de Curitiba e ao que nós já tínhamos construído até ali na constituinte, em termos de independência funcional, inamovibilidade etc. – até porque o projeto do *Centrão* instituiu a hierarquia funcional, que é, a meu ver, o contrário da independência funcional. Nós ficamos extremamente preocupados com isso. Então, tivemos de tomar uma decisão muito delicada. O Antônio Araldo Ferraz dal Pozzo era o presidente da CONAMP; ele reuniu seus colaboradores mais diretos, entre os quais eu estava na época, e nos disse: e agora, o que nós fazemos? Ora, regimentalmente nós tínhamos dois caminhos: o primeiro era tentar modificar alguma coisa pontual, para o que nós precisaríamos de emendas aprovadas em plenário; o outro, era tentar derrubar todo o texto do *Centrão*, em bloco, no que dizia respeito ao Ministério Público. E este último caminho era fácil; por incrível que pareça, derrubar tudo não era o difícil; o difícil era colocar alguma coisa no lugar do que saísse! Havia acordo de fazer destaques supressivos; a supressão seria admitida, e a inclusão do texto substitutivo seria votada separadamente. Assim, nós sabíamos que, se constituintes nossos aliados apresentassem um destaque supressivo, seria retirado todo o capítulo do Ministério Público elaborado pelo *Centrão*, mas aí nós correríamos o risco de nada conseguir colocar no lugar, e o Ministério Público nem entrar na Constituição... ou entrar apenas um artigo dizendo que o Ministério Público seria regulamentado por lei infraconstitucional! Essa era nossa situação, esse era nosso dilema! E tínhamos de tomar essa decisão. E tomamos... resolvemos correr o risco! Risco para nossa geração atual e para as gerações futuras! Nós propusemos a supressão do capítulo do Ministério Público, que o *Centrão* tinha posto. Aí nós ficamos *costurando* um capítulo de substituição, que é esse que está em vigor na Constituição de 1988, o qual tivemos a felicidade de conseguir aprovar!

No dia em que foi votado o atual capítulo do Ministério Público, eu estava na Constituinte. Eu estava nas galerias. Naquele tempo, as galerias ainda eram abertas, como no tempo em que o Darcy Passos era Deputado Federal; hoje elas são fechadas. Nós estávamos assistindo à votação, e eu me lembro do Ulisses Guimarães presidindo a sessão. Ele estava sentado à mesa, na presidência; em pé, do lado direito dele estava o Ibsen Pinheiro, constituinte do Rio Grande do Sul, e do lado esquerdo o Theodoro Mendes, deputado constituinte de São Paulo, ambos Promotores de Jus-

tiça. A votação do capítulo do Ministério Público estava correndo no plenário. O Ulisses só tinha dado início à discussão, e aí dava para perceber que havia alguma coisa com a qual ele não estava de acordo: ele punha o dedo no texto que estava à sua frente, e fazia sinal negativo com a cabeça, e sua mão foi em direção ao microfone, para encaminhar a votação. O Ibsen segurou a mão do Ulisses Guimarães e falou com o Ulisses; o Teodoro chegou-se do outro lado. O Ulisses, mais duas ou três vezes, fez o mesmo gesto em direção ao microfone, mas não chegou a pegá-lo... e a discussão correndo no plenário... Enfim, o Ulisses não falou nada, e a votação acabou ocorrendo, e nós ganhamos com 350 votos a favor, 12 votos contrários e 21 abstenções. Os constituintes pararam, virando-se para nós, no plenário, e nos aplaudiram, a nós, que éramos os representantes do Ministério Público na ocasião.

Após, eu cheguei para o Ibsen Pinheiro e disse a ele: Ibsen, o que é que o Ulisses não queria, fazia sinal de *não*, e queria falar no microfone? O Ibsen me disse: Hugo, o Ulisses achava que estava tudo bem no capítulo do Ministério Público, menos as garantias: ele achava um absurdo o Promotor querer as garantias do Juiz, especialmente a vitaliciedade – e nós convencemos a ele, dizendo que isso era necessário, para ele não falar! Observo que o Ulisses tinha muito prestígio: talvez uma palavrinha dele, naquela hora, pudesse nesse aspecto causar alterações...

Quando a Constituição foi promulgada e trouxe esse novo perfil para o Ministério Público, nós adquirimos uma nova realidade, que eu gostaria de dizer, com toda a franqueza, na minha opinião, ainda falta ser *vivida*. É que essa destinação que o Ministério Público tem, em defesa do regime democrático o Ministério Público está apenas começando a praticar. Para que ele realmente seja essencial ao regime democrático, ele precisa ter um papel maior no nosso país, porque nós estamos muito longe de uma verdadeira Democracia. Querem ver por quê?

Darcy Paulillo dos Passos

O Ibsen, contando para APAMAGIS sobre essa cena, diz o seguinte: nesse reunião, nós resolvemos pôr o bode na sala. E passou o bode. Nós pusemos o bode pensando: “bom, vão arrancar uma perna, o rabo”. Não, passou o bode.

Marcelo Goulart

Nessa perspectiva que você está colocando aqui, Hugo, eu gostaria de fazer uma pergunta para os dois. Ao Darcy, que já na década de 1950 e 1960, como homem de vanguarda, já fazia o Ministério Público que foi projetado na Constituição de 1988, mesmo no tempo em que o Ministério Público não tinha esse perfil nem na Constituição e nem nas leis, mas que viveu intensamente o Ministério Público como membro e depois de cassado/aposentado, vivendo a instituição. E ao Hugo, na postura de sua trajetória, sua vida, sua militância pela causa do Ministério Público.

Como é que vocês veem o Ministério Público hoje, o papel que ele deve cumprir na sociedade brasileira de hoje, para levar adiante o projeto de construção de uma Democracia verdadeiramente substantiva?

Darcy Paulillo dos Passos

Eu procurei demonstrar que, na verdade, os que sonharam o Ministério Público tiveram orientadores que foram os meus também, graças a Deus. Então, o sonho deles, eu fui também sonhando. Disse ontem que, quando tive que apresentar minhas defesas, fiz menção ao meu discurso de posse, que está na *Justicia* publicado. Eu disse: não fiz nada que não estivesse expressa ou implicitamente contido no meu discurso de posse, que terminava: “no final da carreira, que nós podemos dizer: minha força coercitiva foi cerimonial do amor”.

Agora, se eu pegar o Ministério Público atual, em relação ao que eu fiz, eu diria que eu antecipei o que está escrito. Hoje os manuais de atuação do Ministério Público dizem: ao chegar na Promotoria, procure entrar em contato com entidades públicas ou privadas de defesa do consumidor, de defesa do meio ambiente, de defesa da criança e do adolescente. Se essas entidades não existirem, o promotor pode – e deve – suscitar sua criação. Fazendo isso, num momento inicial você terá mais trabalho, mas num segundo momento a situação se inverte. O consumidor passa a poder ser defendido pela associação de consumidores. O meio ambiente passa a poder ser defendido pela associação de protetores do meio ambiente.

O que existe, então, é um pequeno esforço inicial, compatível com o que está previsto na Constituição Federal, nos manuais de atuação de promotores e nas leis orgânicas. Eu posso procurar uma associação de defesa do meio ambiente, por exemplo, em Nazaré Paulista. Se não tiver eu posso voltar para casa e dizer: está cumprido o manual, pois não existe entidade privada de proteção ambiental em Nazaré Paulista. Mas, se o promotor for além da burocracia ele pensará: seria muito bom se houvesse. E, a partir disso, poderá falar na faculdade em que ele dá aulas, no júri, no boteco: seria muito bom que os ambientalistas se reunissem e fundassem uma associação. Eu acho que não demoraria 15 para ter uma associação de proteção ambiental nessa região...

Eu gostei de ouvir o Hugo dizer, porque eu acho que ao longo da nossa história nós fomos avançando. Mas o Hugo com a autoridade e vivência dele, colocou o seguinte: as inovações de 1988 não estão sendo vivenciadas. O que a Constituição Federal atribui ao Ministério Público não é consertar as mazelas da sociedade. É construí-la livre, justa e solidária, erradicando a miséria, a marginalização. É mais do que processar o corrupto. É mais do que exigir a licitação legal. É muito mais. É ajudar a construir a sociedade que está definida no artigo 3º. Eu não acho que nós estejamos traindo essa exigência, mas depois de 1988 o Ministério Público por inteiro ainda não a vivenciou. Ele não vivenciou o que é mais revolucionário em 1988: é o regime democrático e suas condições. Dizer que propõe ações civis públicas não basta.

Hugo Nigro Mazzilli

Muito bem. É exatamente esse o ponto. Democracia é mais do que apenas o governo da maioria do povo. É o governo da maioria do povo, respeitados os direi-

tos da minoria: esse é o primeiro ponto que aqui no Brasil ainda não se aprendeu a respeito. Não podemos transformar a Democracia, como disse James Bovard, numa reunião de três lobos e uma ovelha votando em quem vai ser o jantar... Aqui no Brasil nós temos muitas vezes toda a dificuldade para a minoria até mesmo fiscalizar a maioria – vejam o que está acontecendo nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), com as dificuldades investigatórias que o governo cria à minoria para impedir de ser investigado. Ora, a investigação pelas minorias é algo que deveria ser natural! E o Ministério Público nisto? E as CPIs que estão em andamento sem participação da oposição, porque, embora tenha requerido sua instalação, dentro delas não tem espaço, pois a maioria dominou tudo? Mais ainda do que isso: que Democracia é essa, em que a população não está representada adequadamente, sendo que Estados mais populosos proporcionalmente têm menos representação política que Estados menos populosos? Que Democracia é esta, na qual o Ministério Público tem um papel acanhadíssimo na Justiça Eleitoral, baseado num Código Eleitoral do tempo da Ditadura? Que Democracia é essa, dentro da qual o Tribunal Superior Eleitoral acaba de se dar o direito de *negar* um artigo da Constituição que dá ao Ministério Público o poder de requisitar diretamente investigações e inquéritos policiais da polícia – decisão que foi a seguir cassada pelo Supremo Tribunal Federal?² Mas vejam a gravidade do fato de o Tribunal Superior Eleitoral ter chegado ao ponto de ter negado um artigo constitucional, que garante o poder de requisição do Ministério Público! Que Democracia é essa, com essas desigualdades que nós temos, apesar do arsenal enorme que detém o Ministério Público, que precisa ser ainda aprendido a ser usado? Na verdade, não é questão de o Ministério Público sair por aí, simplesmente entrando com ação ou abrindo inquérito civil – ele precisa se aparelhar, aprender a exercitar esses direitos e poderes que lhe foram confiados, com técnica e capacidade, para conseguir a correspondente eficiência.

Eu gostaria de dizer um aspecto a todos. Eu fui um Promotor de Justiça muito combativo. Criei dificuldade para muita gente, dei dor de cabeça para muita gente que a meu ver mereceu: processei Governadores de Estado, Prefeitos, médicos, engenheiros... Olhem, eu só não processei Presidente da República, porque não era minha atribuição, porque, se fosse, eu teria arranjado jeito de processar... processo temos para todos, não é difícil. Mas eu sempre procurei ser técnico, o que dava segurança para minhas atuações. E isso eu creio que às vezes falta ao Ministério Público: mais técnica. Técnica significa trabalhar com bastante segurança – eu nunca tive denúncia rejeitada – tive improcedências, isso acontece, o tribunal também tem direito de errar... Mas em compensação, eu lutava e fazia meu papel. E ainda acho que o Ministério Público tem um papel de luta potencial que ainda precisa ser desenvolvido, ainda precisa ser desempenhado – mas principalmente com mais técnica – esse é o caminho para nossa vitória.

2 V. ADIn n. 5.104-STF contra a Res. n. 23.396/13-TSE.

Marcelo Pedroso Goulart:

Vamos agora abrir a perguntas do auditório.

Pergunta de auditório

A instituição do Ministério Público é bem combativa. Isso traz incômodo a muita gente e a tantas outras instituições. O senhor acredita que o Ministério Público talvez seja hoje a única instituição séria, comprometida com esse estado democrático?

Hugo Nigro Mazzilli:

Eu respondo claramente que não: não é a única instituição séria, nem é instituição perfeita. Acredito que o Ministério Público está sendo bastante atacado, e quanto mais ele for atacado, isso mais será sinal de sua eficiência; creio ser uma glória ser atacado nessas condições. Se o Ministério Público fosse inerte, se fosse inconsequente ou inexpressivo, pode ter certeza de que não seria atacado se não incomodasse os poderosos. Isso me faz lembrar uma comarca onde passei. Eu incomodava muita gente, e só o Juiz era convidado a dar o pontapé inicial nas partidas de futebol: essa era a diferença entre nós... Penso que o nosso trabalho é incomodar, temos de incomodar quem precisa ser incomodado. Mas não creio ser ele a única instituição séria, porque há gente séria em qualquer instituição, como também há quem não é sério no próprio Ministério Público: está cheio de Promotor que quer um barranco para se encostar, que não quer trabalhar – vamos falar português claro. Eu encontrei desses Promotores na minha carreira, em todos os lugares por onde passei, não foi num lugar ou noutro. Eram Promotores que não queriam nada com nada – Promotores que cuidam *prioritariamente* da própria fazenda, cuidam do cursinho e de outras coisas particulares! Não que ele não possa ter um sítio ou dar uma aula, mas, se aquilo concorrer de maneira sensível com a instituição, como aceitar uma situação dessas? Isso não tem cabimento! O Promotor que chuta processo, que não quer nem ver processo... Eu já vi cotas nos processos que são vergonhosas, são absurdas... O Ministério Público está muito longe de ser uma instituição perfeita. Entretanto, nós aqui temos muita gente idealista. Assim como o Judiciário, que tem muita gente boa, também tem seus problemas: eu cansei de ver Juiz trancar processos em armário com chave e ficarem os processos cinco anos num armário. Esses são problemas dos homens, não são problemas das instituições. Como instituição, o Ministério Público é uma boa instituição, mas é composto de pessoas trabalhadoras e não trabalhadoras; de pessoas honestas e desonestas. Qual é a maioria do Ministério Público? Acredito que a maioria é boa, como a maioria de todos nós.

Pergunta de auditório

Diversos direitos e mandamentos da Constituição não vêm sendo cumpridos; os governos, os tribunais têm seus problemas. Qual a perspectiva de atuação do Ministério Público diante desse quadro de fragilização da própria Constituição?

Darcy Paulillo dos Passos

Eu acho o seguinte: primeiro lugar, eu diria que a Constituição é declaratória, ela não é criativa. O direito à vida não nasce na Constituição. Ele existe na realidade. A Constituição o declara ou algumas o negam. Então, é da luta política que deve resultar que conteúdo tem esse ou aquele artigo da Constituição. Assistimos no Congresso Nacional do Ministério Público em Belo Horizonte ao Ministro Carlos Ayres Britto fazer a palestra inicial. Ele disse: como ministro do Supremo, eu trato de muitos assuntos, e gostaria que, algum dia, viesse a minhas mãos ações para deliberar sobre o direito à moradia, ou o direito ao trabalho, porque o mandado de injunção está previsto. O direito à moradia, ao trabalho, à saúde, também estão previstos. Se houver ou não luta política, eles serão ou não vivenciados. E uma coisa que eu gostaria de deixar bem claro é o seguinte: nós somos uma instituição constituída por homens. Então, eu acho que faço essa instituição progredir não quando eu pego um ou outro homem e o faço dar saltos de qualidade. Na verdade, se fizer com que um avance um milímetro, dois ou três dois milímetros, dez um centímetro, eu estou fazendo a instituição mudar. Sou humano e nada do que é humano eu julgo estranho a mim. Esse é o princípio do humanismo. Não há homens irrecuperáveis, dentro de nenhuma instituição dessa sociedade. Temos que ser militantes para ir buscá-los e fazer com que eles caminhem. Muito ou, no mínimo, um pouco. O pouco que seja, me sustenta a esperança.

Hugo Nigro Mazzilli

Já foi pior: esse é o meu ponto de partida. Eu me lembro, quando entrei no Ministério Público, nós não mexíamos com o meio ambiente, com pessoas portadoras de deficiência, com o consumidor... Hoje caminhamos mais, estamos melhorando. Mas o Ministério Público não vai poder caminhar sozinho: não consegue, nem teria forças. Poderiam dizer: o Ministério Público tem garantias como se fosse um Poder de Estado. Em si, isso não quer dizer nada. Quem tem de crescer junto com o Ministério Público é a sociedade brasileira. Nossas instituições são o reflexo da nossa sociedade. Quem derrubou a PEC 37, que absurdamente tentava monopolizar na mão da Polícia o poder de investigar todos os crimes no País, não foi o Congresso: foi a sociedade, pelas manifestações nas ruas e na mídia – não foi o Ministério Público, que não tem força para impedir isso.³ Nós nos mexemos, temos nossas lideranças, vamos ao Congresso, a gente trabalha... mas, se não tivermos respaldo da população, não conseguiremos. Nosso País precisa melhorar socialmente como um todo – o Ministério Público, o Poder Judiciário, os governos – nós refletimos a realidade de nosso país. Entendo que nosso Poder Judiciário, nosso Ministério Público – estão muito aquém das nossas necessidades, mas não é culpa dessas instituições *apenas*; é culpa da nossa sociedade, que valoriza muito *levar vantagem*, a esperteza... As pessoas querem as coisas corretas quando se sentem prejudicadas, mas se puderem levar vantagem sobre outrem, ficam bem contentes. Isso reflete em

3 . Referência aos movimentos populares de rua, inclusive contra a PEC 37, em junho de 2013.

nosso trabalho, na grande dificuldade que temos de tornar ativa nossa destinação constitucional. Precisamos mudar isso, mas precisamos mudar junto com a sociedade, que tem de crescer. Mas isso é um processo: temos de ir acrescentando nossa colaboração. Vejo que está ruim hoje, mas já foi muito pior: hoje temos liberdade para falar o que estamos falando aqui; temos liberdade de profissão, liberdade de acesso, possibilidade de escolha de nossos governantes – temos poder para mudar muita coisa. É o que estamos fazendo, cada qual na sua função. Nesse aspecto, sou uma pessoa realista, em termos das dificuldades presentes, mas sou otimista em relação ao futuro: é para mudar isto aqui que existimos!

Pergunta de auditório

Aquela divisão que você mostrou, na assembleia geral de 1982, você não acredita que ainda está atual, não no discurso, que hoje é 100% democrático, mas na prática? Temos a sensação, na convivência com os colegas, que convivemos diariamente com uma quase que nostalgia do regime militar... Será que isso não interfere, de alguma forma, com o exercício das funções institucionais?

Hugo Nigro Mazzilli

Essa divisão ainda existe. Em primeiro lugar, porque uma boa parte daqueles que eram Promotores em 1982, ainda são Promotores hoje. Depois, porque muitos dos Promotores mais novos foram formados numa época da Ditadura. Para eles a nostalgia da Ditadura pode ser compreensível. Em seguida, a Ditadura tem algumas pouquíssimas coisas que funcionam: ela tem mais ordem que a Democracia, tem mais disciplina... só que o preço é altíssimo e não vale a pena. Hoje, quando vemos o metrô que não funciona e greves para todos os lados, roubos e assassinatos crescendo, é possível se pensar que numa época de Ditadura talvez não fosse assim. Mas... será? Naquele tempo, a informação não era a que existe hoje: nós não sabíamos tudo o que estava acontecendo... Além disso, o Ministério Público de hoje não atende ainda na plenitude suas destinações constitucionais.

Vou contar mais um episódio da minha carreira, fato antigo, mas que ainda mantém atualidade. Em 1984, eu apresentei uma tese em seminário anual de grupos de estudos, em Serra Negra, sustentando que o Ministério Público estava destinado institucionalmente a atender o público. Parece óbvio, elementar, não é? Fui vivamente contestado por muitos colegas. Fomos à votação; ganhamos. Mas uma grande parte dos Promotores não gostava, e até hoje ainda não gosta de atender o público, e não atende... embora seja nossa destinação!

Então, realmente existe essa divisão. Mas como é que vamos superá-la? Amadurecendo, crescendo. Precisamos ter uma vivência de Democracia para praticá-la. Democracia só tem um jeito de saber como é e melhorá-la: é exercitando-a!

Pergunta de auditório

Para tornar mais eficiente o procedimento investigatório criminal nos crimes de prefeitos, que são ordenadores de despesas, não seria desejável que a Consti-

tuição prevesse que técnicos contadores e engenheiros do Tribunal de Contas estivessem à disposição do Ministério Público estadual, já que o Ministério Público de Contas não tem atribuições criminais?

Hugo Nigro Mazzilli

A necessidade de que o Ministério Público seja assessorado por técnicos é indiscutível; só não vejo necessidade de que a Constituição cometa esse encargo aos servidores do Tribunal de Contas. O próprio Ministério Público estadual precisa ter estrutura direta para investigar todos os crimes, quando necessário. Deve ter em seus quadros técnicos, peritos, contadores, engenheiros, médicos, nas mais diversas áreas de conhecimento, que possam auxiliar seus agentes no exercício das suas atividades. Nada impede que o Tribunal de Contas e o Ministério Público investiguem, cada qual em sua área. Essa duplicidade de Ministérios Públicos coloca os Ministérios Públicos da União e o dos Estados lado a lado com o Ministério Público de Contas, este sem poderes de ação criminal e sem a mesma autonomia dos outros Ministérios Públicos. Esse problema não existiria se o constituinte de 1988 tivesse aceito nossa proposta: nós queríamos que o Ministério Público de Contas integrasse o Ministério Público dos Estados ou da União: seria bom para todos, também para eles, porque agora estão vendo que não gozam de toda a autonomia que os demais ramos do Ministério Público. Entretanto, na Constituinte, foi apresentada uma emenda substitutiva, conseguiram aprová-la, e foi criado, conforme interpretação do Supremo Tribunal, esse Ministério Público especial, numa dita “solução de compromisso”. Esse entendimento valorizou mais a *mens legislatoris* do que a *mens legis*, e assim ficamos sem o reconhecimento de que também esse Ministério Público especial merece a autonomia que todos os ramos do Ministério Público nacional detêm!

Na verdade, o que os Ministérios Públicos de carreira necessitam é ter *toda* a estrutura de uma verdadeira Promotoria. Para mim, uma Promotoria não deveria ser uma porção de Promotores com um secretário e alguns funcionários; para mim, seria um Promotor, com *toda* a estrutura para tomar decisões e executá-las, nas suas áreas de atuação, o que inclui dispor de advogados, contadores, engenheiros etc. É assim que funcionam as Prefeituras, as Procuradorias-Gerais. O Ministério Público precisa da prova técnica, e não pode depender da ajuda voluntária, mas ocasional, de outros órgãos públicos, como universidades, institutos etc.

Darcy Paulillo dos Passos

Eu gostaria apenas de fazer um juízo político. O Ministério Público que eu sonhei, e sonho, e que todos sonhamos, não é curador da sociedade. Curador, literalmente, no sentido curatela. O Ministério Público não é o senhor da sociedade. Ele é um órgão do Estado a serviço da sociedade. O juízo do Ministério Público é político. O juízo do prefeito é político. Certo ou errado, é político. Não creio que você tenha perguntado nesse sentido, mas apenas queria deixar claro: o Ministério Público não é o senhor da sociedade. É o órgão do Estado a serviço da sociedade. O trabalho do Ministério Público e o trabalho do prefeito, dos órgãos públicos, é

político, tirando o problema da falta de representatividade. E os técnicos vêm para instrumentar as decisões, que serão políticas.

Pergunta de auditório

A teoria do promotor natural não entra em conflito com o princípio da unidade e da indivisibilidade da instituição do Ministério Público? Não dificulta a formação de uma atuação uniforme institucional?

Darcy Paulillo dos Passos

No meu tempo, na minha vivência como promotor, não cabia essa preocupação porque só havia promotores naturais. Hoje você tem promotor que fica 20 anos trabalhando com meio ambiente e depois vai cuidar de consumidor. Não sabe nada, “toma um banho”. Mas eu fazia tudo, então não tinha jeito. Não era preocupação vivencial minha a de ser promotor natural ou não. Por outro lado, o atendimento ao público, que naquela ocasião não era opinativo ou optativo, eu fiz no sindicato. Já ouvi promotor relatar que, em uma ocasião, estava esperando o Fórum abrir sentado no banco da praça e verificou a grande fila que se formava. Indagou do que se tratava, e constatou que havia pessoas aguardando para ser atendidas pelo promotor. Resolveu, então, iniciar o atendimento na própria praça pública. [...] Vou fazer um comercial meu, porque eu falei de todo mundo que foi preso. Eu me orgulho de ter sido sequestrado, não preso. Isso consta de um IPM que eu fui ao DOPS depor 7 dias. Eu tive choque elétrico. Só um. Tenho orgulho do um. Sempre peço desculpas aos outros. Tenho amigos e companheiros que deram a vida e o corpo. Quando eu fui preso, eu não fui preso mais como promotor. Eu fui preso na atuação junto ao movimento de professores. Então, como promotor, não cheguei a ser preso, sequestrado ou torturado.

Hugo Nigro Mazzilli

O objetivo da reunião de hoje não é discutir em profundidade a tese do promotor natural, mas só para não deixar a questão no ar, digo que há dois modelos. Um, consiste em dar ao Procurador-Geral mais liberdade na escolha dos órgãos que vão agir nos casos excepcionais. Esta solução tem vantagens, pois um bom Procurador-Geral pode tomar medidas úteis e eficientes com mais velocidade; mas também tem desvantagens, pois o mau Procurador-Geral pode usar isso para afastar Promotores corretos e fazer designações politicamente comprometidas. O outro modelo consiste em deixar que a lei distribua as atribuições dos órgãos do Ministério Público. Para nós, este segundo caminho é o do promotor natural, dando-se a devida compreensão aos princípios institucionais.

O risco da atuação de um Procurador-Geral aumenta, na medida em que ele está próximo do governo.

Vamos ilustrar com alguns exemplos, que me dizem respeito mais de perto, que me convencem da necessidade de que as decisões ministeriais sejam tomadas pelo órgão que tenha atribuições legais, e não por designações casuísticas. Em torno

de 1981, plena Ditadura, eu era Promotor de Justiça de Botucatu. Paulo Maluf era Governador do Estado, nomeado pela Ditadura. Ele tinha ido à cidade numa tarde, para inaugurar equipamentos da UNESP – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Era, talvez, uma quinta-feira, dia de trabalho normal no Fórum, de maneira que nós, os Promotores e os Juízes da Comarca não fomos à inauguração, embora convidados. No dia seguinte, quando abro o jornal *O Estado de S. Paulo*, havia uma reportagem, com fotos, noticiando luta e lesões corporais entre policiais da segurança pessoal do Governador e estudantes. Tomei o telefone e liguei para o Delegado de Polícia da Comarca, Feiz Zacharias, e eu lhe perguntei o que tinha acontecido na véspera. Ele me disse, secamente: é o que você leu no jornal. Ele era um homem de poucas palavras, firme, corajoso. Eu perguntei: tem gente ferida? Tem, disse ele. Eu indaguei se tinham passado no Instituto Médico Legal, e ele confirmou. Eu perguntei se ele tinha aberto inquérito policial. Ele disse: não, nem vou abrir. Eu disse: vai sim, vou requisitar. E ele: você sabe bem o que está fazendo?... Eu afirmei: não posso deixar de fazer isso, vou requisitar. Ele me disse: só por escrito. Lógico, foi a minha resposta final.

Ora, o que tinha acontecido era o seguinte: enquanto o Maluf estava no anfiteatro, fazendo a inauguração, a estudantada do lado de fora, gritava “um dois três, Maluf no xadrez”, “quatro cinco mil, Maluf...” eu esqueci o resto da rima. Aí a segurança do Governador deu um *esparrama* na estudantada, cassetete de um lado, pauladas e pedradas de outro, e havia gente ferida, sem gravidade, de ambos os lados – mas, naquela época, lesões corporais eram crime de ação pública incondicionada. Tomei minha máquina de escrever e fiz duas requisições: uma, assinada só por mim, Promotor Público, citando o art. 5º, inc. II, do Cód. de Processo Penal; outra, idêntica requisição, mas esta a ser assinada por mim e pelo outro Promotor da Comarca – naquela época, a Comarca só tinha dois Promotores. Aí eu procurei o colega Eduardo Vasconcellos de Matos já no dia seguinte, sexta-feira, e perguntei se ele tinha visto o jornal referente aos fatos da véspera na Comarca. Ele respondeu secamente: Vi. Eu disse: acho que temos de fazer alguma coisa... eu vou requisitar inquérito policial. Eu quero saber se você está comigo nisso ou se estou sozinho... Aí mostrei para ele as duas requisições e disse: aí há duas requisições; aquela que eu faço sozinho já está assinada; ela vai hoje; a outra é se você quiser assinar comigo. Ele leu, leu, olhou... e disse: nunca vi uma requisição de inquérito policial assinada por dois Promotores! Eu disse: eu também não; eu só quero saber se estou sozinho ou se você está comigo; se é o Hugo requisitando o inquérito, ou se é o Ministério Público da Comarca; mas que vai, vai. Ele ficou mais algum tempo olhando o papel... pegou a caneta e assinou! Chamei um funcionário e disse-lhe que entregasse, sob protocolo, a requisição dirigida ao Delegado de Polícia, que foi o que ele fez. E passei o fim de semana cuidando das minhas atividades. Ao chegar ao Fórum, no começo da tarde da segunda-feira, o telefone tocando e todos me procurando desesperadamente. Telefonema da Procuradoria-Geral de Justiça, tentando me localizar. Cheguei à sala do Eduardo, ele estava com o Jordão no telefone; Jordão era

assessor do Procurador-Geral, o Peres, naquela época. O Eduardo falava: pois é, Jordão, eu falei isso para o Hugo, mas você sabe, Jordão... Eu falei: Eduardo, me dá o telefone aqui. O Jordão me fala: Hugo, o que é isso, você tem janela, o Governador ligou para o Procurador-Geral, é a segurança pessoal do Governador, onde já se viu isso e tal... Eu disse: calma, calma, você está mal informado; vou te falar o que aconteceu; houve uma briga na rua, tem gente ferida, isso é crime, e você passe bem! E pá... desliguei o telefone! Se eu estou recebendo pressão, imaginei o que estava acontecendo. Fui imediatamente à Delegacia. Já tinham tirado o Delegado de Polícia do caso; mandaram de São Paulo um Delegado do DOPS – Delegacia da Ordem Pública e Social, que avocou a presidência do inquérito, era Sílvio não sei de que Machado, irmão de um Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. O Delegado era um indivíduo bem mais velho que eu, experiente, vivo... chegou para mim e disse: doutor, tudo o que o senhor fizer aqui é por escrito. Eu falei: é lógico! Eu sou técnico. Mande acarear, mandei proceder a reconhecimento pessoal os integrantes da segurança pessoal do Governador, tudo na minha frente. Algum tempo depois, o inquérito policial foi distribuído para outra Promotoria que não a minha, e um Promotor de outra Comarca foi designado, e não fui eu quem funcionou no arquivamento... Esse é o sistema do Promotor designado.

Já o sistema do promotor natural é o de quem tem atribuições por força da lei. Os dois sistemas têm vantagens e desvantagens. Se o Procurador-Geral é uma pessoa comprometida ou se tem interesses políticos externos, isso envolve um risco; se o Procurador-Geral é um homem que quer combater a criminalidade e quer valer-se de uma designação adequada, isso envolve outra situação. Entre os dois sistemas, prefiro o das atribuições *da lei*. Vamos melhorar o Promotor; vamos fazer com que ele tenha condições de combater o crime organizado, a improbidade administrativa... Como hoje nós temos! Vejam nossa atual Promotoria da Cidadania, do Meio Ambiente – vejam como elas cresceram, melhoraram. Creio que hoje elas não aceitariam que o Procurador-Geral tirasse um Promotor para um caso individualizado, porque hoje não há mais ambiente para isso: isso é a conquista do promotor natural.

Com relação aos limites da independência funcional, isso é um problema doutrinário complexo, que tem várias implicações, e vale a pena ser discutido em objeto específico.

Pergunta de auditório

Na época do golpe de 64, haveria condição para uma reação institucional do Ministério Público? E também pergunto se hoje, na situação de um golpe militar, os senhores adotariam uma postura contra o golpe, como se comportariam?

Darcy Paulillo dos Passos

Sobre reações, houve reações individuais. Em Pacaembu, o promotor chamava-se Adélio. Não sei se vinha de militância do movimento estudantil, militância de igreja. O Adélio disse: estão rasgando a Constituição e o Fórum fica assim? Aí o juiz foi lá e hasteou a bandeira do Fórum a meio pau, aconselhado pelo Adélio.

Veio o delegado e falou: tem que retirar essa bandeira. O juiz respondeu: a bandeira do Fórum eu não tiro. Tirou o juiz. Eu, muito tempo depois, candidato a deputado, passei lá e fui conversar com o juiz numa chácara que ele tinha. Ele disse: graças a deus me puseram para fora, tive que advogar e ganhei essa chácara. Uma reação. Outra reação: o Luis Carlos pois o povo na rua em Pompéia. O Adélio pôs a bandeira a meio pau. Isso pipocou. Havia gente a favor e gente contra. Ontem na palestra foi demonstrado que o Jango tinha apoio popular. O golpe não foi dado em favor do povo. O golpe foi dado em favor das elites. Das multinacionais e dos piores militares da nossa história. Dos piores. Sobre o período atual, a vivência e o conhecimento do Hugo é que pode dizer.

Comentário de auditório

Darcy, deixe-me dar um adendo. Parece-me que a pergunta foi sobre a reação institucional do Ministério Público na época. Não havia a menor condição de haver uma reação institucional na época. Só que, como o Darcy disse, enquanto o Procurador Geral teve um comportamento admirável, que não pode ser esquecido, saiu uma nota da presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo que mandava “dançar conforme a música”. Você deve se lembrar. A portaria, de forma indireta, recomendava que os juízes não concedessem habeas corpus. O juiz Doutor Gastão Moramaia Filho, primo do desembargador Noel Bittencourt, escreveu um artigo na Folha, dizendo que era um absurdo aquela interpretação que estava sendo dada àquela nota do Tribunal, pois o Tribunal apenas recomendava um exame mais cauteloso, mas absolutamente não estava recomendando que se descumprisse a Constituição. Em virtude do artigo, o juiz foi chamado para depor na Corregedoria do Tribunal. E respondeu: “então estou errado, era aquilo mesmo que estavam dizendo?” E aí encerrou a inquirição dele. Houve vários juízes que foram perseguidos e, em vez de ir ao Presidente do tribunal, procuraram o Procurador Geral de Justiça.

Darcy Paulillo dos Passos

O Werner chegou a declarar: não serei Procurador Geral se tocarem no cabelo de um promotor meu. E isso foi cumprido. Quando nós fomos postos para fora – e ontem o Visconti estava dando detalhes – ele já não era mais Procurador Geral.

Hugo Nigro Mazzilli

Isso são reações individuais. Com um Procurador-Geral, a reação é de um jeito, fosse outro Procurador-Geral, a reação poderia ser diferente. Quanto à atuação de um dos Procuradores-Gerais da época da Ditadura, eu me lembro de que o meu pai, Hugo Mazzilli, narra em seu livro de memórias *Muitas vidas*, a que já me referi há pouco, que ele foi com meu tio, Ranieri Mazzilli, porque este tinha sido convidado a ir à casa de Mário de Moura e Albuquerque, aqui em São Paulo. Isso aconteceu na véspera de meu tio ser denunciado por um Promotor designado por esse Procurador-Geral. Constava que este queria falar com meu tio, que estava indicado num inquérito policial militar, o famoso IPM. O Mário de Moura Albuquerque

chegou para o meu tio e disse: Deputado, estou com um IPM aqui em que o senhor está indiciado, e eu queria saber o que o senhor tem a propor, porque nestes dias estiveram aqui o Ulisses Guimarães e o Auro Soares de Moura Andrade... Meu tio respondeu: eu não tenho a propor nada; o senhor cumpra o seu dever, eu não devo nada!

Isso mostra que cada Procurador é de um jeito. O que isso prova? Não prova nada. O mérito de um Procurador-Geral que assume uma posição de defesa dos colegas na Ditadura é mérito individual, não é institucional, não prova que o Ministério Público resistiu à Ditadura. Cada um dança de acordo com a música, todos nós, vocês também, eu também. Se vier uma nova Ditadura, como é que nós vamos reagir? Não sei... Se houver garantias, o povo reage, o povo não aceita isso hoje, nem há ambiente para isso. O Ministério Público também dança de acordo com a música. Se hoje nós somos defensores do regime democrático, não é mérito do Ministério Público; é mérito da sociedade brasileira que evoluiu. Nós não conseguiríamos pôr esse dispositivo na Constituição se não tivesse acabado a Ditadura.

Marcelo Pedrosa Goulart

Não havendo mais debatedores, vamos encerrar esta atividade da série *Democracia, Ditadura e Memória*, na certeza de que vivemos nesta manhã, no dia 11 de junho de 2014, um grande momento aqui na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, discutindo não só a história do Ministério Público, mas também seu presente e seu futuro, graças à dedicação, ao entusiasmo, ao exemplo de vida de grandes Promotores de Justiça de São Paulo, o Darcy Passos e Hugo Mazzilli, e também a todos aqueles que estiveram aqui e colaboraram com as suas questões, com as suas observações para o sucesso desta jornada. A série *Democracia, Ditadura e Memória* continuará durante todo este ano, quando estamos lembrando os tristes fatos de abril de 1964. É importante para uma instituição como o Ministério Público, que tem como missão institucional a defesa do regime democrático, rememorar tudo isso para bem compreender o seu papel no Brasil de hoje.

Muito obrigado a todos!

**DERECHOS HUMANOS INSTITUYENTES,
LUCHAS SOCIALES Y ACCIONES COTIDIANAS**

INSTITUTING HUMAN RIGHTS, SOCIAL
STRUGGLE AND DAILY ACTIONS

David Sánchez Rubio

dsanche@us.es

Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de
Derecho. Universidad de Sevilla

RESUMO

Os direitos humanos têm na reivindicação um dos seus componentes mais importantes. Pode-se exigir um direito negado, mas já reconhecido no ordenamento jurídico de um estado constitucional de direito ou reivindicar um direito novo que não está contemplado no sistema regulador dos estados-nacionais que incorporam os sistemas internacionais. A reivindicação de direitos tem a sua origem em algum tipo de ofensa, afronta ou preconceito dirigido a um ser humano particular ou a um grupo ou coletivo de seres humanos. Esse dano pode ser individual e pontual, produzido por um ato concreto e determinado, ou pode ser provocado por uma relação desigual de poder mais estabilizada, ou seja, por uma estrutura ou um sistema de dominação que gera a discriminação, a opressão, a exclusão e/ou a morte daqueles que a sofrem. Por esta razão, para Ignacio Ellacuría a melhor forma e o método mais adequado de conceber um direito humano real e dinâmico é o de negar toda aquela condição de escravidão, debilidade e opressão que viola uma dimensão vital e a existência dos seres humanos. Isso traduz-se e tem significado em termos de dignidade, de liberdade ou de direitos, já que o estado ou condição de negação oferece um dado temático primário que serve de fonte não só para a análise, mas, principalmente, para se poder fazer justiça enfrentando a injustiça e, de modo dialético, anulando-a através da sua superação crítica e transformadora.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos. Estados-nacionais. Lutas sociais

RESUMEN

Los derechos humanos tienen en su reclamación a uno de sus componentes más importantes. Se puede exigir un derecho negado pero ya reconocido por el ordenamiento jurídico de un estado constitucional de derecho o reivindicar un derecho nuevo que no está recogido por el sistema normativo de los estados-nacionales que incorporan internamente a los sistemas internacionales. Las causas de que se reclamen derechos residen en algún tipo de agravio, afrenta o perjuicio ocasionado a un ser humano particular o a un grupo o colectivo de seres humanos. se daño puede ser individual y puntual, producido por un acto concreto y determinado, o puede ser provocado por una relación desigual de poder más estabilizada, es decir, por una estructura o un sistema de dominación que genera la discriminación, la opresión, la exclusión y/o la muerte de quienes lo sufren. Por esta razón, para Ignacio Ellacuría la mejor forma y el método más adecuado para percibir un derecho humano real y dinámico es el de negar aquella condición de esclavitud, debilidad y opresión que viola una dimensión vital y existencia de los seres humanos que se traduce y significa en términos de dignidad, de libertad o de derechos, ya que este estado o condición negadora es la que ofrece un dato temático primario que sirve de fuente no solo de análisis, sino, principalmente, para poder hacer justicia enfrentándola y, de modo dialéctico, anulándola, mediante su superación crítica y transformadora.

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos. Estados-nacionales. Luchas sociales

ABSTRACT

Human rights have a claim on one of its most important components. You can demand a right denied, recognized by the law of a Constitutional State of Law or claim a new right which is not covered by the legal system of national states internally in incorporating international systems. Rights are claimed because of some sort of grievance, affront or injury to a particular human being or a group or collective of human beings. That damage can be individual and specific produced by a concrete and articular act, or it may be caused by a more stabilized unequal power relations, ie, a structure or a system of domination that generates discrimination, oppression, exclusion and / or death of those who suffer from them. For this reason, for Ignacio Ellacuría, the best and the most suitable way to perceive a real and dynamic human right is to deny that condition of slavery, weakness and oppression that goes against a vital dimension and the human beings' existence that means dignity, freedom or rights. This condition provides some primary thematic data useful as a source not only of analysis but mainly to attain justice facing it and, dialectically, annulling it, by means of a critical and transformative action.

KEY WORDS

Human rights. National states. Social struggle.

1. INTRODUCCIÓN. LA LUCHA POR LOS DERECHOS Y SU HISTORIZACIÓN

Los derechos humanos tienen en su reclamación a uno de sus componentes más importantes. Se puede exigir un derecho negado pero ya reconocido por el ordenamiento jurídico de un estado constitucional de derecho o reivindicar un derecho nuevo que no está recogido por el sistema normativo de los estados-nacionales que incorporan los sistemas internacionales. Las causas de que se reclamen derechos residen en algún tipo de agravio, afrenta o perjuicio ocasionado a un ser humano particular o a un grupo o colectivo de seres humanos. Ese daño puede ser individual y puntual, producido por un acto concreto y determinado, o puede ser provocado por una relación desigual de poder más estabilizada, es decir, por una estructura o un sistema de dominación que genera la discriminación, la opresión, la exclusión y/o la muerte de quienes lo sufren. Por esta razón, para Ignacio Ellacuría la mejor forma y el método más adecuado para percibir un derecho humano real y dinámico es el de negar aquella condición de esclavitud, debilidad y opresión que viola una dimensión vital y existencia de los seres humanos que se traduce y significa en términos de dignidad, de libertad o de derechos, ya que este estado o

condición negadora es la que ofrece un dato temático primario que sirve de fuente no solo de análisis, sino, principalmente, para poder hacer justicia enfrentándola y, de modo dialéctico, anulándola, mediante su superación crítica y transformadora. Por ello, el método de “historización” del filósofo y teólogo jesuita nos exige vislumbrar el problema de los derechos humanos desde lo que es la raíz más profunda de esa realidad negadora que produce el daño y la inferiorización de unos sujetos por otros, pues la condición de esclavo, débil u oprimido no cae del cielo ni es *primigenia*, ni tampoco consiste en una mera carencia, sino que es derivada de un estricta privación, de un despojo múltiple y diferenciado, socio-históricamente producido.¹

Asimismo, el propio Ellacuría señala cual es el problema radical de los derechos humanos: el de la lucha de la vida contra la muerte en distintos niveles (libertad, solidaridad, dignidad, etc.), sin que se reduzca a una fundamental vida biológica, y sin ignorar que es un derecho primario y sostén de todos los demás. En torno al derecho a la vida, incluido el derecho a la libertad de la vida, giran los derechos fundamentales de la existencia humana y los que son indispensables y mínimos para que tenga sentido hablar de todos los derechos y sin mistificaciones interesadas y fetichistas de unos por encima de otros.² Partiendo de la premisa de que el ser humano es una realidad dialéctica escindida entre el señor y el esclavo, entre el fuerte y el débil, entre el opresor y el oprimido, la lucha de la vida contra la muerte se manifiesta de manera concreta en una lucha de quien es víctima contra su verdugo.³ Esto es lo que ha sucedido a lo largo de la historia desde el tránsito a la modernidad. La burguesía, como clase social emergente luchó frente a lo que consideró era una privación de algo que estimaba le pertenecía y que el orden feudal y medieval de los reyes, la iglesia y la nobleza les negaba o imposibilitaba. Igualmente sucedió con la clase trabajadora frente al orden de dominación del capitalismo, y de forma equivalente resistieron y se levantaron los pueblos indígenas y los movimientos negros frente al orden colonial y racista. También, lo mismo hicieron y hacen las mujeres, las lesbianas, los homosexuales frente al orden patriarcal, heterosexual y machista que las discrimina por razones de género y/o sexuales. Muchas son las luchas de resistencia frente a órdenes diversos de poder y sus excesos en contextos múltiples y heterogéneos que pueden ser traducidas como reivindicaciones de derechos humanos o de demandas de reconocimiento de dignidades humanas equivalentes frente a heterarquías de dominación u opresión étnico-racial, de clase, de género, etaria, cultural, etcétera.⁴

1 Ignacio Ellacuría, “Historización de los derechos humanos en los países subdesarrollados y oprimidos”, en Juan Antonio Senent de Frutos (ed.), *La lucha por la Justicia. Selección de textos en Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 298-299.

2 Ver Ignacio Ellacuría, “Historización del bien común y de los derechos humanos en una sociedad dividida”, en Juan Antonio Senent de Frutos (ed.), *La lucha por la Justicia. Selección de textos en Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, op. cit., p.283.

3 Ver Ignacio Ellacuría, “Historización de los derechos humanos en los países subdesarrollados y oprimidos”, op. cit.

4 El concepto de heterarquía utilizado por el filósofo griego Kyriakos Kontopoulos, lo tomamos de Ramón Grosfoguel, como un concepto nuevo que da cuenta de la compleja imbricación de las jerarquías de

El problema que aparece con estos distintos procesos de lucha surge cuando, por causas diversas, se los invisibiliza o se los ignora o se lo minimaliza para debilitar el grado de importancia y fuerza que tienen junto con sus actores protagonistas, como componentes básicos de lo que son los derechos humanos en toda su complejidad. Si resulta que históricamente, el motor del surgimiento y la reivindicación de un derecho está en la lucha social, independientemente de que se defienda una postura iusnaturalista o iuspositivista de los mismos, uno de los fundamentos principales de los derechos humanos se encuentra en los movimientos sociales, en las sociedades civiles emergentes y en sus movilizaciones contestatarias frente a un agravio, un daño o una realidad negativa que los ahoga, oprime y limita. Los actores sociales y los sujetos socio-históricos protagonistas, como la burguesía, la clase trabajadora y las mujeres feministas –por mencionar sólo algunos–, en sus luchas alcanzan una incidencia política y cultural que puede institucionalizar sus reclamos jurídicamente y con eficacia.⁵ Para lograr un mayor grado de éxito y eficacia en el reconocimiento de los derechos, Helio Gallardo habla de la necesidad de transferencias de poder sobre aquellos colectivos victimizados y oprimidos que permitan dotar de carácter a las relaciones humanas desde otro prisma no opresivo, sino liberador, articulado desde dinámicas en las que todos sean sujetos significadores de realidades plurales, sin tratamientos intersubjetivos jerarquizadores y bañados por medio de lógicas de imperio.⁶ De este modo, sería posible que los grupos victimizados dejaran de serlo al crearse espacios donde todos son tratados como sujetos, pudiendo disfrutar de los derechos consolidados y establecidos desde esas lógicas liberadoras y emancipadoras, en contextos siempre contingentes, reversibles e inciertos.

Ahora bien, Ignacio Ellacuría indica la anomalía del origen de los derechos humanos con las reivindicaciones burguesas, ya que poseen tanto elementos positivos y emancipadores como negativos y con lógicas de dominación e imperio. Como grupo que lucharon por una privación de algo que les pertenecía, por aquello que estimaban que les era necesario y les era debido. En cierta manera, desarrollaron un ideal de apertura, emancipador y un horizonte de esperanza. Asimismo, demandaron unos derechos en tanto que clase vulnerable a los poderes vigentes que abrió un proceso de liberación con el que se estableció un método muy eficaz de lucha para hacer que el derecho burgués se hiciera real. No obstante, la burguesía reivindicó

género, raciales, sexuales y de clase en procesos globales geopolíticos, geoculturales y geoeconómicos del sistema-mundo moderno/colonial. Se trata de analizar los modos de dominación o las jerarquías de poder a partir de una perspectiva abierta, compleja, desde sistemas abiertos y heterogéneos, con niveles estructurales y lógicas estructurantes múltiples. Ver Ramón Grofoguel, “La descolonización de la economía política y los estudios poscoloniales: transmodernidad, pensamiento descolonial y colonialidad global”, en Boaventura de Sousa Santos y María Paula Meneses (eds.), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Akal, Madrid, 2014, pp. 389-390.

5 Ver Helio Gallardo, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Gráficas Francisco Gómez, Murcia, 2008, pp. 31 y 44.; ver también Alejandro Rosillo, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, Itaca, México D.F., 2014, pp. 108-109.

6 Ídem.

unos derechos circunscritos a su propio modo de vida, limitados a una forma de ser hombre. De ahí que Ellacuría hable que sus derechos también expresan su carácter inhumano en tanto que se convierten en privilegio de pocos, negando su esencia universal disputable. Al ser significados por medio de la fuerza legitimadora de quienes poseen más poder, haciendo uso de un manto de universalidad ideal se oculta la particularidad real favorable para unos pocos (la burguesía y los grupos más poderosos) y desfavorables para la mayoría. Su reivindicación legítima de derechos expresa una forma concreta de ser hombres, de ser humanos, pero no atribuyen derechos a quienes conviven con ellos (campesinos, mujeres, negros, indígenas...) y menos a sus condiciones de existencia.⁷

No hay que olvidar que la burguesía, como movimiento social estaba formado por villanos (moradores de las villas), mercaderes, banqueros, dirigentes religiosos, que se resistían tanto al dominio feudal o absolutista de señores, sacerdotes y reyes, como al carácter cerrado, familiar y excluyente de las corporaciones. En su manera de auto-identificarse no les preocupaba la situación ni las racionalidades de otros colectivos como los esclavos, las mujeres o la clase trabajadora que no disponían de la fuerza social que sí tenía el orden burgués. Incluso sus pretensiones estaban más vinculadas a libertades relacionadas con el mundo comercial, la propiedad privada y el disfrute de sus vidas individuales, que era la de ellos mismos y no la de los demás, basadas en sociabilidades jerárquicas de sometimiento, coloniales y dinamizadas por los pares superior-inferior, propietario-trabajador, señor-esclavo, padre de familia-madres obedientes, civilizados-primitivos, entre otros. Por esta razón, derechos humanos surgen y nacen quebrados en un contexto específico -el tránsito a la modernidad- de jerarquía, de división social, étnica, sexual, política y territorial del hacer humano que condiciona negativa y desigualmente el acceso de todos a los bienes necesarios para una vida digna.⁸

En función de lo que venimos diciendo, se hace necesario cuestionar el imaginario liberal-burgués que se ha hecho hegemónico hasta nuestros días bajo los cimientos de las tramas sociales y relaciones humanas construidas simbólicamente, institucional, cultural y existencialmente desde sus modos de vidas, con sus prioridades particulares e intereses políticos, económicos, religiosos y epistémicos concretos que han construido y proyectado como universales. La lucha y la resistencia de la burguesía no pueden condicionar, por considerarse que son las únicas, otras luchas contra opresiones diversas y reivindicativas de ideas, valores o principios de dignidad plurales.

En este sentido, para Ellacuría, en nombre de derechos humanos se establece un manto de universalidad ideal que se sostiene sobre una particularidad real que

7 Ver "Historización de los derechos de los pueblos oprimidos y las mayorías populares", en Juan Antonio Senent de Frutos (ed.), op. cit., pp. 365 y ss.

8 . Ver Helio Gallardo, op. cit.; también ver en el mismo sentido, Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.

solo es favorable para unos pocos y desfavorables para la mayoría. Acaba ideologizándose al mentir con un falso reconocimiento de quienes son miembros plurales y diferenciados del género humano desde la hegemonía y la homogenización de un grupo minoritario particular. También sirve como una máscara para tapar las violaciones de los derechos más básicos vinculados por las condiciones de existencia (p.e. el derecho a la vida ya mencionado). De ahí la necesidad de historizarlos. Por historización Ignacio Ellacuría entiende, en primer lugar, ver cómo se están realizando en una circunstancia dada lo que se afirma abstractamente como universal o como “deber ser” del bien común o de los derechos humanos; y en segundo lugar, en la posición de aquellas condiciones reales sin las que no se puede dar la realización efectiva del bien común y de los derechos humanos. Al hacer esto, se comprueba que la realidad de los derechos es su negación fundamental a la mayor parte de la humanidad. Pese a que deben ser reconocidos como derecho de todos, se convierten en privilegio de pocos.⁹

A partir de este planteamiento básico, consideramos que las propuestas de Ignacio Ellacuría sobre el método de historización y otros conceptos como el de ideologización y desideologización, ofrecen un insumo primordial para poder entender y para poder enfrentar el gran problema que tienen los derechos humanos por la separación tan abismal que existe entre la teoría y la práctica o praxis de los mismos, entre lo que se dice y se hace acerca de los derechos humanos. En realidad, tal como hemos señalado en otros trabajos, partimos de la hipótesis de la existencia, en el imaginario de la cultura jurídica y social oficial e institucionalizada de las sociedades de capitalismo central y periférico, de un paradigma simplificado de derechos humanos que básica y casi exclusivamente se mueve entre lo estatal, lo instituido, lo burocrático y lo post-violatorio.¹⁰

2. MÁS ALLÁ DE LA DIMENSIÓN INSTITUIDA, BUROCRÁTICA, FORMAL, NORMATIVA Y POST-VIOLATORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Generalmente, cuando se habla de derechos humanos se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento (como la dignidad, la libertad, la vida, la igualdad y la solidaridad) y que están o bien basados en la misma condición humana o bien reflejados en sus producciones normativas e

9 Ignacio Ellacuría, “Derechos humanos en una sociedad dividida”, *Christus*, 527, 1979; ver también su “Historización de los derechos de los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, cit.

10 Ver en este sentido David Sánchez Rubio, *Encantos y desencantos de los derechos humanos*, Icaria, Barcelona, 2011; y David Sánchez Rubio, “Contra una realidad simplificada de los conceptos de democracia y de derechos humanos”, en David Sánchez Rubio y Juan Antonio Senent, *Teoría crítica del derecho, Nuevos horizontes*, Universidad Autónoma San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat, San Luis Potosí-Aguascalientes, 2013, pp. 151 y ss.

institucionales. Derechos humanos son aquellos derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional como nacional, por las constituciones, normas fundamentales, cartas magnas, tratados y declaraciones basadas en valores e interpretadas por una casta de especialistas. Sin ser estas dimensiones negativas y teniendo todas ellas muchas consecuencias positivas, porque son instancias que legitiman un conjunto de luchas sociales cuyas reivindicaciones se objetivan, no obstante cuando se absolutizan como únicos elementos de los derechos humanos, acaban por potenciar una cultura burocrática, funcionarial y normativista que reduce y encorseta su fuerza constituyente, ya que nuestros derechos, desde la totalización de esas dimensiones, únicamente se garantizan cuando una norma los positivizada y cuando un cuerpo de funcionarios pertenecientes al estado, los hace operativos entre reflexiones doctrinales de apoyo, dándoles curso a través de garantías concretizadas por medio de políticas públicas y sentencias judiciales. Desde esta óptica instituida de los derechos humanos, se delega íntegramente en determinados especialistas, técnicos e intérpretes la capacidad de saber si estamos o no estamos protegidos cuando se nos viola nuestra dignidad, nuestra libertad o nuestras condiciones de vida y, además, tendemos a reducir su efectividad solo cuando un tribunal posee la sensibilidad interpretativa de garantizarlos. Asimismo, tenemos la sensación de que la existencia de un derecho humano se manifiesta y aparece, en el instante en el que es violado o vulnerado, hecho que permite la apertura de los procedimientos desarrollados en los circuitos de la administración de justicia.

En este sentido, los derechos humanos aparecen como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación. Las garantías se reducen a lo jurídico-estatal, bien a través de políticas públicas o por medio de sentencias judiciales y se piensa que el derecho estatal es la única instancia salvadora de la insociabilidad humana. Se deslegitima, así, la capacidad de la sociedad civil o pueblo para implementar sus propios sistemas de garantías que, dentro o fuera del marco legal, protegen y defienden derechos históricamente conquistados pero debilitados por diversas circunstancias y nuevos derechos que el orden político y económico no los quieren reconocer, por la amenaza que suponen para el orden de poder establecido. A ello se suma el recorte de la capacidad soberana popular por medio de un concepto también restrictivo de democracia, que queda reducida a representación partidista y elección en las urnas bajo la base de una abismal separación entre los gobernantes que mandan y los gobernados que se limitan a obedecer.¹¹

Pese a que se hablará de esto más adelante, el efecto expropiatorio y de secuestro tanto de la capacidad de lucha constituyente popular como de la acción social y cotidiana se manifiesta, por ejemplo, en la criminalización de las actuaciones ciudadanas individuales y colectivas a favor del cumplimiento de derechos

11 Para un concepto más ampliado de democracia ver David Sánchez Rubio, "Contra una realidad simplificada...", op. cit.,

normativizados, pero no efectivizados estatalmente (como el derecho a una vivienda, el derecho a la tierra, la función social de la propiedad o el derecho al trabajo), así como también con el desprestigio y la mala prensa de las luchas instituyentes por nuevos o ancestrales derechos no normativizados constitucionalmente, pero legitimados por su justicia referida a la materialidad diferenciada de condiciones de existencia e identitarias (por ejemplo, determinados derechos colectivos de naciones y pueblos indígenas o derechos ambientales y derechos sexuales).

Asimismo, el hecho de que derechos humanos se reduzcan a normas, instituciones y teorías, provoca una cultura delegativa por sustitución en el conjunto de los mortales que se centra en el absoluto protagonismo adjudicado a los funcionarios de la administración de cada estado y a los especialistas (operadores jurídicos profesionales) encargados de interpretar las normas. Oscar Correas lo explica este aspecto a partir del derecho subjetivo que un tercero (el funcionario) proporciona a los ciudadanos como mediador y facilitador de las facultades que estos poseen. En concreto, los derechos humanos son conceptualizados por la doctrina como derechos subjetivos que requieren la existencia de unas normas que impongan obligaciones a algunos funcionarios para que nos faciliten las facultades reconocidas en los derechos humanos normados. Como tales derechos nacieron con el estado moderno, representando a la organización política y normativa de la modernidad, este marco institucional implicó para legitimarlo, toda una estrategia discursiva por la que el orden jurídico estatal expropió el protagonismo de la sociedad civil. Desde entonces, se le encargó a un grupo de funcionarios responsables del monopolio de la fuerza legítima, la tarea necesaria para que la sociedad se reprodujera cuando se alteraran las relaciones mercantiles formadas por individuos propietarios, evitando, así, aquellas conductas indebidas para el mercado capitalista. Para ello, la estrategia discursiva del estado moderno destruyó y disolvió las relaciones comunitarias, principalmente los medios con los que los individuos se relacionaban entre sí como sujetos vivos y empoderados. Herencia que llega hasta nuestros días de manera más pronunciada.¹²

Este carácter instituido, delegado, funcional y post-violatorio, consciente e inconscientemente, suele fortalecer una cultura generalizada pasiva, indolente, conformista, minimalista e inactiva. Si bien las dimensiones normativa e institucional, la teórico-filosófica y la eficacia jurídico-estatal (con su sistema de garantías judiciales), son un conjunto central de elementos pero no son exclusivos de lo que se entiende por derechos humanos. Incluso solo poniendo la mirada en estos componentes, se termina por no considerar u otorgar una escasa importancia a ámbitos fundamentales que también son elementos constitutivos de un concepto integral de derechos humanos, que sirven para extender una sensibilidad activa, participativa, transformadora, socio-histórica y práctica de derechos, como son, entre otros: la lu-

12 Ver Oscar Correas, *Acercas de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, Editorial Coyoacán/UNAM, México D.F., 2003, pp. 24 y ss.

cha social, ya sea en su vertiente de movimientos sociales, o bien a través del esfuerzo individual y cotidiano de cada ser humano y sin reducir la lucha a un único acto puntual y originario; la eficacia no jurídica y la eficacia jurídica no estatal traducida en sistemas de garantías tanto jurídicas como sociales, políticas y económicas; así como la cultura y sensibilidad popular.¹³ Todos estos elementos de un concepto complejo de derechos humanos son básicos para poder entenderlos mejor y hacerlos más coherentemente en la práctica. Estos insumos infravalorados nos pueden permitir superar y/o enfrentar esa separación sistemática existente entre lo que se dice y lo que se hace sobre derechos humanos y que impide desarrollarnos como sujetos autónomos y diferenciados en lo individual y en lo colectivo.

Por otro lado, cuando se habla de derechos humanos no hay que circunscribir su dimensión al plano de idealidad abstracta y teórica, tanto en lo normativo y lo institucional como en lo discursivo y lo filosófico-doctrinal. Luchar por los derechos no solo es un triunfo de la razón sobre la fuerza (tal como se estableció con los derechos individuales burgueses), sino que hay que relacionarlos con hacerle justicia al débil, al oprimido, pero entendida esta expresión como esfuerzo por no producirlos como tales, como débiles,¹⁴ a través de una praxis construidas y caracterizadas desde ellos, que intente superar las realidades negadoras de sus derechos. Se necesita para ello un reconocimiento social y el establecimiento de todo aquello que posibilite las condiciones materiales para ejercerlos materialmente. Se puede afirmar que el concepto estrecho liberal y occidental de derechos humanos tal como se interpreta y aplica, deja intactas las sociabilidades, las tramas sociales y relacionales propias del modo de vida capitalista que se basa en una división heterárquica, desigual y asimétrica estructural tanto del saber, del poder, del ser y del hacer (trabajo humano incluido), que discrimina, margina, domina y oprime desde el punto de vista de género, racial, de clase, etario y cultural. Por ello deja fuera de la posibilidad de disfrutar derechos a la mayor parte de la humanidad. Los derechos humanos vistos solo desde sus dimensiones instituidas, burocráticas, formales y normativas, invisibilizan, ignoran o no afectan a las situaciones estructurales de desigualdad y dominación que quedan inamovibles históricamente, a pesar de que existan normas e instituciones junto a reflexiones teóricas sobre ellas que puedan, formalmente, reconocer las demandas de esos grupos excluidos. Como se ignora y se fortalece el

13 Ver Helio Gallardo, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Editorial Tierra Nueva, Quito, 2000; *Siglo XXI: militar en la izquierda*, Arlekin, San José, 2005; *Siglo XXI: producir un mundo*, Arlekin, San José, 2006; y *Derechos humanos como movimiento social*, Ediciones desde abajo, Bogotá, 2006.

El mismo Ignacio Ellacuría diversifica los elementos conceptuales de los derechos humanos entendiéndolos como necesidades de la convivencia social y política; exigencia física antes que moral; producto histórico; aspiraciones naturales; prescripciones éticas; valores; ideales utópicos; momentos ideológicos y momentos ideologizados; derechos positivos; y convenciones y contratos. Ver "Hacia una conceptualización de los derechos humanos", en Juan Antonio Senent (ed.), op. cit., pp. 363 y 364.

14 . Por aclaración del propio Gallardo, la expresión "hacer justicia al débil" no es correcta porque al débil se le hace "justicia" oprimiéndolo. Lo que hay que hacer es el esfuerzo de no producir débiles.

mal común que solo beneficia a unos pocos a costa de la mayoría, puede estimarse que los colectivos populares y oprimidos luchan permanente y continuamente por condiciones de una vida digna de ser vivida (étnica, epistémica, social, económica, política, libidinal-sexual, cultural...) más allá de las generaciones de derechos establecidas doctrinal y jurídico-positivamente, desde un prisma eurocéntrico.¹⁵

A continuación nos detendremos en el análisis de lo que supone la lucha social y cotidiana como elementos instituyentes de los actores y los sujetos que son los generadores y también los destinatarios no solo de la resistencia frente a una realidad opresora y negadora controlada por una minoría, sino también de disfrute y consolidación de espacios de reconocimiento de una realidad en la que todo ser humano plural y diferenciado, sin excepción, puede apropiarse de sus posibilidades, significando y dotando de carácter a sus propias producciones en tanto sujeto y no tratado ni calificado como objeto.

3. POR UNA CULTURA INSTITUYENTE Y DE ACCIONES COTIDIANAS DE DERECHOS HUMANOS

Frente a esta concepción excesivamente jurídico-positiva, estatalista, formalista, post-violatoria, instituida y delegativa bañada bajo una cultura atomista e individualista, vamos a intentar ofrecer, desde la teoría que siempre abstrae, pero consciente de su tensionalidad volcada hacia una praxis integral, algunas pistas para una noción más compleja de derechos humanos que procesual, relacional y dinámicamente se construyen a partir de prácticas sociales y acciones humanas que empoderan sujetos. Siguiendo los aportes de Helio Gallardo, derechos humanos tienen como referente básico la vocación de autonomía de los sujetos sociales como matriz de autonomía de los individuos o personas. Guardarían relación con la capacidad que el ser humano tiene y debe tener como sujeto para dotar de carácter a sus propias producciones en entornos que no domina completamente y, también, estarían vinculados con la disposición de denunciar y luchar contra cualquier situación que imposibilite esta capacidad de crear, significar y resignificar a las instituciones socialmente producidas. Para Helio Gallardo, “sujeto” quiere decir ponerse en condiciones sociales e individuales de apropiarse de una existencia a la que se le da carácter o sentido desde otros, con otros, para otros y para sí mismo y de comunicar con autoestima esta experiencia de apropiación en entornos que nos exceden y no dominamos en su totalidad. Asimismo, por “autonomía” entiende que para los seres humanos resulta posible pasar mediante acciones desde experiencias de menor control (o enajenadoras) a experiencias de mayor control (liberadoras) por parte de quienes las viven. Por ello hay que recuperar otras dimensiones o elementos de los derechos humanos que nos permita ser sujetos soberanos activos e instituyen-

15 Sobre las generaciones de derechos humanos, ver David Sánchez Rubio, *Encantos y desencantos...*, op. cit.

tes, como por ejemplo son la *lucha social* y la *lucha cotidiana*. Suele olvidarse que los derechos humanos no tienen una única dimensión normativa, procedimental, formal e instituida. También posee una dimensión constituyente que se construye a partir de las relaciones humanas, las tramas sociales y las luchas de resistencia de sus protagonistas humanos.

Por esta razón, nos detendremos en aquel ámbito que da origen a los derechos humanos y los mantiene vivos, sin caer en el error de reducirlos a un único y exclusivo momento histórico originario: a) la lucha y la acción social; y b) la lucha individual y cotidiana. En ambos casos, derechos humanos tienen más que ver con procesos de lucha por abrir y consolidar espacios de libertad y dignidad humanas. En concreto pueden ser concebidos como el conjunto de prácticas, acciones y actuaciones sociopolíticas, simbólicas, culturales e institucionales tanto jurídicas como no jurídicas, realizadas por seres humanos cuando reaccionan contra los excesos de cualquier tipo de poder que les impide que puedan auto-constituirse como sujetos plurales y diferenciados. Las luchas pueden manifestarse por medio de demandas y reivindicaciones populares en forma de movimientos sociales o individualmente, en la vida diaria y entornos cotidianos en los que la gente convive y reacciona. Veamos cada una de ellas:

3.1. La luchas de los movimientos sociales. Poder constituyente popular frente al poder constituyente oligárquico

Los movimientos sociales en sus luchas a través de la historia, desde racionalidades, imaginarios y demandas distintas, intentan tener control sobre sus entornos entrando en conflicto con otros imaginarios, otras racionalidades y otras reivindicaciones que, por diversas razones, acaban haciéndose hegemónicas. Esto provoca que las luchas no hegemónicas puedan terminar invisibilizadas, silenciadas, eliminadas o resignificadas desde quienes detentan el poder. No obstante las luchas y conflictos populares permanecen, siguen estando latentes, además de que pueden surgir otras nuevas con nuevos movimientos que cuestionen lo oficial e insuficientemente institucionalizado. En el contexto moderno, el problema reside en que solo fue el imaginario burgués y su proceso de lucha, el que se impuso al resto de imaginarios (obrero, feminista, libidinal, étnico, ambiental...), estableciendo, metafóricamente, un vestido teórico e institucional (hecho para el hombre-individuo varón, blanco, heterosexual, propietario, mayor de edad, creyente religioso y racional), que todos debían colocarse y, además, moldeando una figura a la que los demás debían adaptarse, impidiéndose la posibilidad de construir nuevos trajes y nuevas figuras propias de racionalidades, espiritualidades y corporalidades diferentes.¹⁶

16 Ver con más detalle David Sánchez Rubio, *Encantos y desencantos...*, op. cit, en concreto el capítulo III titulado "Sobre el concepto de historización y una crítica sobre las (de)generaciones de derechos humanos", pp. 77 y ss.

Tal como señala Helio Gallardo, la matriz y la base de derechos humanos está constituida socio-históricamente por la formación social moderna, por sus instituciones, dinámicas y lógicas. Tal como ya señalamos, la lucha de la burguesía como sociedad civil emergente y moderna, fundamentó derechos humanos a través de su dinámica reivindicativa de liberación frente a todo impedimento ilegítimo establecido por los reyes, los señores feudales y la Iglesia, quienes no reconocían la ampliación de las experiencias de humanidad expresadas en las particularidades de la vida burguesa.¹⁷ Pero esta matriz, que posee un horizonte de esperanza y posibilidades muy fuerte, en su origen y posterior desarrollo estuvo desgarrada por tensiones, oposiciones y conflictos diversos. Sí es cierto que la burguesía concibió y creó con sus prácticas y teorías, desde el principio, el imaginario de los derechos humanos como derechos individuales, pero su fuerza persuasiva, hegemónica y simbólica consolidó una universalidad abstracta y colonizadora que silenció e invisibilizó el desgarramiento que, desde sus inicios, se dio no solo entre el orden feudal frente al que luchaba la burguesía, sino también frente a otros grupos sociales que quedaron discriminados, explotados y marginados por no encajar en el “traje” de la cultura burguesa. Más bien, la capacidad de imponerse y de hacerse hegemónica de este colectivo como movimiento social emergente fuerte, provocó, al institucionalizar sus reivindicaciones, que otros grupos humanos debilitados no pudieran en ese mismo período y, en períodos posteriores, hacer otras luchas con resultados institucionales y estructurales equivalentes o distintos a los que logró la burguesía. Esto ocasionó una serie de experiencias de contrastes diversas y diferentes en colectivos (indígenas, mujeres, otros grupos étnicos o raciales, etc.) con sus propios horizontes de sentido, propuestas existenciales plurales y modos de vida diferenciados, que tuvieron que adaptarse al imaginario de la modernidad liberal burguesa y decolonial, cuyo horizonte de sentido -que no era el único válido y verdadero- poseía tanto lógicas de emancipación como lógicas de dominación y exclusión patriarcales, raciales, epistemicidas y etnocéntricas, siendo estas últimas las que se hicieron predominantes al subalternizar y victimizar a quienes cuestionaban el orden económico capitalista heterárquico y burgués, basado en la propiedad privada absoluta, la competitividad de ganadores y perdedores, el libre mercado y la racionalidad instrumental del máximo beneficio y la eficiencia.

Ignacio Ellacuría, explica muy bien la manera como se origina o aparece un derecho humano siguiendo el camino y las distintas etapas trazadas por el movimiento social burgués:¹⁸

1^a) Inicialmente se da una situación real de agravio comparativo (en forma de desigualdad, hechos de opresión, formas de explotación) y en un grupo o colectivo

17 En este sentido ver Helio Gallardo, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, op. cit.

18 En este sentido ver Ignacio Ellacuría, “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, *ECA*, 502, 1990; y Alejandro Rosillo, “Derechos humanos, liberación y filosofía de la realidad histórica”, en VV.AA. *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Editora PUCRS, Porto Alegre, 2008.

concreto. Este momento inicial guarda mucha relación con la ubicuidad de experiencias límites de las que habla la teoría crítica, por ser insoportables, insostenibles e inaceptables para las personas que sufren dolor y que pueden traducirse, sin que pierda su dimensión socialmente producida, como dignidad humana en tanto expresión de esas experiencias vividas. También está relacionado con el hecho de que la crítica, la denuncia y el grito de quien sufre pueden potencialmente surgir de las experiencias negativas de la realidad en la que se vive en todos los niveles: económico, étnico, libidinal o sexual, cultural, político, social... Ese dolor podría aspirar a su cancelación.

2ª) Seguidamente se desarrolla una conciencia de ese agravio comparativo por parte de un grupo de personas, que dan cuenta de la situación de injusticia no solo a nivel teórico-reflexivo sino también a un nivel de práctica social. Por injusticia no hay que entender algo de carácter idealista, sino como experiencias generadas por medio de relaciones humanas que discriminan, marginan o establecen situaciones de no reconocimiento de su condición en tanto humanos.

3ª) Esta conciencia se va objetivando y haciéndose fuerte a través de los miembros del grupo social o clase emergente que sufre las consecuencias del agravio comparativo. Se inicia una resistencia frente a aquello que produce la destructividad de su condición humana y frente a aquello que les priva de algo que se considera que les pertenece.

4ª) Hay un proceso de objetivación más definido de esa protesta, tras una lucha revolucionaria que puede terminar triunfando. Sus demandas, fruto de procesos de violencia, reivindicación y conflictos, se institucionalizan en normas y leyes que ofrecen, al menos aparentemente, una cierta orientación de reconocimiento y de inclusión.

5ª) Finalmente, una vez que se lucha y se logra el triunfo, se desarrolla una justificación concomitante con referencias a ideales, conceptos y teorías de todo tipo. Se produce un respaldo filosófico, ideológico, cultural y doctrina para legitimar la matriz y el horizonte de sentido del grupo o movimiento social que luchó frente a un inicial agravio comparativo.

Si observamos bien este esquema de cómo se origina un derecho humano, se puede comprobar que sigue el proceso desarrollado por la burguesía en su lucha por sus derechos. Es un esquema válido para otros colectivos, pero como veremos, debe ser matizado, porque no todo grupo o clase social ha podido llevarlo a cabo en todas sus etapas y tampoco se debe absolutizar como si fuera la única vía posible. Por ejemplo, el movimiento obrero o el movimiento de los derechos de las mujeres o los pueblos indígenas, si bien pueden poseer reflejos normativos e institucionales como expresión de la objetivación de sus reivindicaciones, no han conseguido una revolución triunfante en todos los niveles (por ello es muy importante la necesidad de caracterizar apropiadamente cada lucha) con la consiguiente justificación de ideas que permitan una sensibilidad popular generalmente aceptada y que tenga como consecuencia un real reconocimiento y una efectiva garantía. Asimismo, los

pueblos indígenas han adaptado a su idiosincrasia, estrategias modernas para sus reivindicaciones milenarias y reactualizadas, pero hay elementos culturales que van más allá de ese proceso de lucha concreto descrito por el teólogo vasco y que, en su vivir cotidiano, no necesitan ser institucionalizados normativamente, porque pueden existir interna y endógenamente una práctica comunal que consolida espacios propios de dignidad, sin que deje de ser desarrolladas por minorías vulnerables que, por las circunstancias en las que viven, convocan una violencia que, por lo general, va en contra de ellas.

Curiosamente, la cultura jurídica que reconoce la importancia de la lucha por los derechos, lo hace ensalzando como creadora de los mismos a la lucha desarrollada por la burguesía, con algún antecedente o precedente histórico previo, pero únicamente lo valora como un momento constituyente puntual, fundador y originario, que desaparece en el instante que se formaliza procedimentalmente y subordinando al resto de luchas al esquema marcado por la institucionalización normativa, por el principio de legalidad, por la forma del estado de derecho, consensuado constitucionalmente a través de la democracia representativa. La fuerza instituyente de la burguesía convirtió en instituido cualquier otro tipo de reivindicación popular y generó la apariencia de que ella también se limitó por la forma estado. Incluso de todos los movimientos sociales en el contexto moderno y occidental, el único que desde el principio poseía fuerza y poder era el movimiento burgués, pues desde el principio tuvo una fortaleza inigualable para enfrentar el orden medieval. Los demás movimientos y/o grupos sociales tanto a nivel intra-cultural como inter-extra-cultural, se encontraron en situaciones estructurales de debilidad, siendo infravalorados en su capacidad creativa de dotar de carácter a sus propias producciones, más allá del dominio simbólico, discursivo e institucional a todos niveles, del liberalismo político y económico de la clase burguesa.

El sistema sobre el que se basa la organización moderna y capitalista no permite que las luchas que lo cuestionan puedan comunicar e irradiar desde sus particularidades, un horizonte de universalidad conflictivo, más diverso y más plural. Con la emergencia y la consolidación del orden moderno capitalista, han ido surgiendo demandas socio-históricas (de obreros, indígenas, de mujeres, de gays y lesbianas, medioambientales, de negros, etc.) que o bien han intentado destruir o transformar el sistema. Estas distintas conflictividades forman parte de una estructura de dominación o imperio (la capitalista) que sistemáticamente ha ido bloqueando la materialización del carácter universal y plural de la existencia humana y que se expresa en las distintas versiones de lucha por derechos humanos. Por ello, "la estructura de las formaciones sociales modernas requiere 'inventar' derechos humanos y proclamarlos universalmente, pero sus grupos de poder (expresados en estados-nacionales y mercados) asumen que se trata de una propuesta no factible de realizar."¹⁹ Cualquier grupo humano que lucha desde sus particularidades y reivindica derechos

19 Ver Helio Gallardo, "Sobre las 'generaciones' de derechos humanos", op. cit.

surgidos desde sus racionalidades y necesidades, es debilitado, ridiculizado, inferiorizado, atenuado, eliminado o ignorado.

El movimiento social burgués logró expandir socio-culturalmente su imaginario, su manera de pensar y su ideología. Todos los demás colectivos y grupos humanos se han tenido que adaptar o enfrentar a su modo de ver y estar en la realidad. Convendría analizar con detalle por qué ningún otro grupo ha podido hacer posible un equivalente proceso estructural de transformación y cambio de paradigma hegemónico, igual al que la burguesía en su momento realizó frente al orden medieval. De ahí que se haga urgente y necesario historizar los derechos humanos desde las luchas, los contextos y las condiciones particulares de cada grupo y forma de vida, sin estar condicionados por la visión liberal que solo atiende a reflejos normativos e institucionales vestidos por un sastre que manifiesta una expresión del cuerpo humano, pero que no es necesariamente la única ni la que sirve para avanzar en producción de humanidad.

Por otra parte, tal como anticipamos, no es de extrañar que hoy en día se criminalicen a aquellos movimientos sociales que luchan o bien por el cumplimiento de derechos jurídicamente reconocidos, o bien por la legitimidad de nuevos derechos no objetivados en las normas constitucionales.²⁰ Resulta ser un contrasentido que el elemento que da origen y fundamento a los mismos, la lucha social, sea denigrada, descalificada y demonizada por los medios de comunicación y por las instancias gubernativas y estatales. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en España, en Brasil y en muchos países latinoamericanos con las protestas ciudadanas a favor de los servicios públicos, por motivo de la crisis económica y las políticas privatizadoras, o por los megaproyectos de la minería o del mundial de fútbol de 2014, o, incluso, por las movilizaciones populares producidas en defensa y en favor del derecho a la vivienda frente a los desahucios o por los conflictos relacionados con la posesión y la titularidad de la tierra (MST, movimientos campesinos, pueblos indígenas y movimientos sin techo).

Una de las causas de que esto suceda se debe al imaginario de despolitización que se ha construido en torno a los derechos humanos y que implica un debilitamiento y una anulación del ejercicio autónomo del poder por parte del pueblo y/o la sociedad civil. Para ello, se han utilizado varios recursos. Un recurso crucial ha sido el modo de concebir el poder en una sola expresión. Tradicionalmente es definido como la capacidad de dominio de una persona sobre otra, siendo el resultado de una relación de mandato y obediencia. Para Max Weber, poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, incluso contra toda resistencia.²¹ Ya implica potencialmente un trato o relación desigual, manipulada y por imposición, en

20 Sobre la paradoja y la contradicción de criminalizar a los movimientos sociales cuando son fuente de creación de derechos en sus procesos de lucha, ver Paulo César Corrêa Borges, "A tutela penal dos direitos humanos", en *Revista Espaço Acadêmico*, v. 11, nº 134, julio 2012, pp. 82 y ss.

21 Max Weber, *Economía y sociedad*, F.C.E., México D.F., 1992, pp. 43 y ss.

donde una de las partes es superior a la otra, quien se subordina y hasta es sometida. Este ha sido el modo como Occidente se ha expandido por el mundo, colonizándolo y apropiándose de él, incluso haciendo uso de los derechos humanos.

No obstante, Alejandro Médici contrapone este concepto de poder, al que denomina estratégico, con otra noción de poder más liberador y generador de autoestima, entendido como la capacidad de las personas para actuar concertadamente para hacer cosas de modo cooperativo y conjuntamente, en base a un consenso previamente obtenido.²² Se trataría de una noción de poder compartido, sin jerarquías discriminantes y no basadas en el par superior/inferior. El ser humano, en su capacidad de significar y resignificar mundos plurales, cimentaría como fundamento de este modo constituyente de crear realidades, en la voluntad de vivir, según el sentido dicho por Enrique Dussel, reinterpretando a Spinoza. Un poder desde el que podemos alimentarnos, disfrutar de un hogar y vestirnos dignamente y garantizando la vida de cada ser humano particular, con nombres y apellidos, proporciona los medios para la satisfacción de las necesidades que permiten la producción, reproducción, mantenimiento y desarrollo de la vida humana concreta mediada culturalmente.²³ Desde el punto de vista político, sería por antonomasia el pueblo el sujeto primero y último del poder, siendo el verdadero soberano con autoridad propia. Con la categoría de *potentia*, Dussel entiende *el poder que tiene la comunidad como una facultad o capacidad que le es inherente a un pueblo en tanto última instancia de la soberanía, de la autoridad, de la gobernabilidad, de lo político*.²⁴ Alejandro Médici amplía, completando, su significado con el concepto de *hiperpotentia*, desde la posición del bloque social de los oprimidos que representan la exterioridad radical del sistema fetichizado. Es el pueblo en tanto que *subjetividades subalternizadas que critican hacia la transformación del orden social e institucional existente, que formula sus reclamos en forma de nuevos derechos, que expresan su voluntad crítica de convivencia desde el consenso contrahegemónico*.²⁵ Es este poder popular el que es negado y secuestrado por el modo como la cultura occidental tiene de entender lo que son los derechos humanos desde una única y exclusiva dimensión normativa, funcional, burocrática y post-violatoria.

22 Ver Alejandro Médici, "Poder constituyente y giro decolonizador. Reflexiones desde el nuevo constitucionalismo transformador", (mimeo); y también *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát; Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

23 Ver Enrique Dussel, *20 tesis de política*, Siglo XXI, México D.F., 2006, p. 24.

24 Ídem, p. 27.

25 Alejandro Médici, op. cit.; interesantes son los planteamientos que reivindican una tradición expresamente iberocamericana de derechos humanos que se basa en el protagonismo y la centralidad de los oprimidos y los pobres. Ver Jesús Antonio de la Torre Rangel, *Tradición iberocamericana de derechos humanos*, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México D.F., 2014; y Alejandro Rosillo, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát; Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes y San Luis Potosí, 2011.

A un nivel más antropológico, podría hablarse de la cualidad instituyente y creadora de los seres humanos para transformarse a sí mismos y a los entornos en el que se desarrollan. En este sentido, Joaquín Herrera Flores alude a la capacidad humana genérica de reaccionar culturalmente frente al mundo, de reaccionar frente a sus entornos relacionales, en un permanente, continuo e inacabado proceso de creatividad y significación, con sus consecuencias tanto positivas como negativas. En términos de dignidad humana, sería *el despliegue de la potencialidad humana para construir los medios y las condiciones necesarios que posibiliten la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos*.²⁶ El poder constituyente, en términos no solo constitucionales y de teoría política, sino aplicados a los derechos humanos, sería la capacidad creativa plural y diferenciada, la cualidad individual y colectiva de las personas concretas de enfrentar el mundo, reaccionando frente a sus entornos relacionales tanto para lo bueno como para lo malo. Por ello hay que distinguir entre un poder constituyente emancipador, liberador y popular y un poder constituyente oligárquico, dominador y excluyente. Ambos actúan permanentemente en contextos diversos sobre las normas y los ordenamientos jurídicos positivizados no funcionan a parte y separados.

Para lo que nos interesa, el poder popular en tanto poder originario e instituyente, en la tradición de la teoría política y como promesa incumplida de la modernidad, se muestra como el fundamento y legitimidad de las instituciones y los sistemas de organización de una sociedad calificada de democrática. El conjunto de sujetos individuales libres que en red y con vínculos intersubjetivos dentro de una comunidad, se aúnan consensualmente como poder constituyente que construye realidades desde la materialidad de la vida posibilitada, establece las bases del constitucionalismo democrático moderno y de los estados constitucionales de derecho. El poder del pueblo y para el pueblo es su máxima expresión, entendido como instancia originaria y fundadora del orden político. Pero a lo largo de la historia, de manera sistemática y, principalmente, una vez asentadas las revoluciones burguesas que originaron la primera etapa del constitucionalismo, quedó sometido a un proyecto de control no solo, como dice Toni Negri, de la ciencia jurídica,²⁷ sino a un nivel más estructural por medio de los poderes oligárquicos que, por tradición, han tenido un miedo y un recelo ancestral hacia lo popular, casi siempre adjetivado despectivamente como la chusma o la masa inmadura, salvaje y peligrosa. A lo largo del tiempo se han ido desarrollando sucesivas políticas de limitación, recorte, parcelación y debilitamiento. El derecho y la representación política han sido dos de los principales instrumentos para amansar y domar su fuerza creativa y transformadora de los entornos relacionales. La dimensión delegativa e instituida del poder guber-

26 Joaquín Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, op. cit., pp. 18, 57, 60 y 89.

27 Antonio Negri, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias, Madrid, 1994, p. 20.

nativo y político, termina robando y expropiando el poder soberano de las mayorías populares, que pierden en protagonismo directo de significar y dotar de carácter a sus propias producciones, de hacer y des-hacer mundos. Gabriel Méndez y Ricardo Sanín lo describen de la siguiente manera cuando se refiere al constitucionalismo estadounidense o “usamericano”²⁸: *la constitución colapsa el poder constituyente del pueblo a una sociedad pre-existente (institucionalizado) y, por tanto, pierde todo rastro de existencia y subjetividad política y de su agencia jurídica controlado mediante extensivas formas jurídicas, algunas delimitan su actividad como actividad procesual, y otras van más allá y vierten su agencia política en otras instituciones que la contienen y neutralizan*. El pueblo, base de legitimidad de la arquitectura política, desaparece en el instante que es internalizado como una parte más de la constitución, es decir, como poder constituido.²⁹ Ambos autores indican las consecuencias: la constitución, en vez de ser un proceso abierto a una comunidad ampliada y plural de intérpretes que abarca a toda la ciudadanía, se cierra como un coto privado de operadores jurídicos y la doctrina constitucional, encriptándola con un lenguaje tecno-legal que se convierte en indescifrable y también al poder que lo sustenta.

Este efecto limitante y de blindaje de los seres humanos en tanto sujetos soberanos, se proyecta sobre los derechos humanos que, tal como hemos dicho, pierden su carácter político e histórico y pasan a ser instancias técnicas y burocráticas. Al juridificarse, se despolitizan, desvinculándolos de las luchas sociales que resisten los procesos que agreden el impulso vital instituyente de reacción cultural y de existencia plural y diferenciada. Cuando la lucha política por los derechos debería estar presente en todas las instancias tanto jurídicas, como socio-económicas y existenciales, se la filtra, regula, contiene y limita con las camisas de fuerza de las normas y los procedimientos jurídico-estatales, que imposibilitan las transferencias de poder que el pueblo y cada ser humano precisa para crear y recrear mundos desde sus propias particularidades y diferencias. La trampa de estos juegos malabares de desempoderamiento popular, radica en diluir al poder constituyente popular convirtiéndolo en solo una capacidad originaria o subordinándolo a un poder constituido delegativo, estratégico, burocrático y técnico. Se termina normalizando y naturalizando la idea de que así, toda dimensión constituyente que en el origen es legítimadora, pasa a ser legitimada por las instancias institucionales que lo controlan. Se oculta con ello, la cooptación que de lo instituido realiza ese otro poder constituyente oligárquico, estratégico, fetichizado y excluyente, que es el que realmente se apropia y controla el proceso de construcción de la realidad desde parámetros

28 Utilizo el término “usamericano” para referirme a la realidad y la cultura de EE.UU. Junto con “Usamérica”, intento contrarrestar el uso abusivo, hegemónico e imperial que los Estados Unidos de América hacen del término “americano” y que se extiende por el mundo con la expansión del idioma inglés, para referirse solo a su país y sus ciudadanos, excluyendo e ignorando al resto de americanos que pertenecen al continente.

29 Ver Gabriel Méndez Hincapié y Ricardo Sanín Restrepo, “La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”, en *REDHES*, nº 8, julio-diciembre 2012, p. 108.

economicistas, mercantiles, patriarcales, coloniales y racistas, y bajo la engañosa noción de individuos emprendedores y competitivos. Así, las mayorías populares quedan en manos de grupos minoritarios privilegiados.

En definitiva, se despolitizan los derechos humanos juridificándolos en procedimientos interpretados por técnicos y especialistas, eliminando, con ello, la dimensión combativa, liberadora y de lucha instituyente popular, propia de los movimientos sociales que ejercen el poder soberano de la lucha por los derechos frente a entornos de dominación, explotación y discriminación. Por ello, es falsa y mentirosa la idea de que existe un poder instituido, de derecho, constitucional y democrático desvinculado de amenazas, controles y hegemonías de poder. A costa de eliminar la dimensión constituyente popular y de la sociedad civil que afecta e influye sobre lo instituido, quien ejerce un sistemático control es el otro poder constituyente, el oligárquico, que se mantiene en su versión dominadora e imperial por medio de los intereses y las acciones hegemónicas y alienantes del capital patriarcal. Los protagonistas del mundo de los negocios, las empresas multinacionales, los grandes bancos, el FMI, la OMC, el BM y aquellas grandes potencias o estados más fuertes del capitalismo tanto central, como periférico, con sus respectivas clases ricas nacionales, son los poderes constituyentes oligárquicos que poseen el control y la autoridad del poder instituido, plasmado en los estados constitucionales de derecho, y que estructuralmente extienden el mal común sobre la humanidad. Absolutizan sus intereses por medio de derechos como la propiedad privada, la libertad de contratos y el libre comercio. La estrategia es utilizar el derecho estatal y la legalidad cuando conviene en unos casos, y en otros es preferible vulnerarlo, creando normatividades paralelas. De ahí la importancia que tiene exigir, reivindicar y recuperar el papel protagonista del poder constituyente popular y de unos derechos humanos instituyentes que compensan las carencias, las omisiones y las agresiones del poder constituido normativo y estatal blindado y enclaustrado oligárquicamente. La fuerza de los derechos humanos en eficacia y reconocimiento garantizado se incrementará cuando el poder constituyente popular y democrático, que también puede decantarse a la creación de espacios de dominación y destructores de dignidades, se complemente con los derechos humanos instituidos, que concretizan las luchas instituyentes y emancipadoras populares y que permiten a todo ser humano ser tratado como sujeto actuante e instituyente y no como objeto manipulable, victimizado y prescindible. Así los derechos humanos sí serían expresión del bien común de la humanidad como un todo y no expresión de bienes particulares que solo beneficia a unos pocos.³⁰

30 Ver en este sentido, Ignacio Ellacuría, "Historización del bien común y de los derechos humanos...", op. cit., pp. 277-278.

3.2. Luchas individuales del día a día y poderes instituyentes cotidianos. La estructura inter-escalar y multi-espacial de los derechos

No obstante, para luchar por los derechos humanos no hace falta ser miembro de un movimiento social. Las luchas cotidianas e individuales -y que también son políticas-, enfrentan el efecto estático y congelado o puntual y azaroso de las formas jurídicas expresadas en leyes y reglamentos por medio del conjunto de actuaciones y relaciones personales, concretas y cercanas encaminadas a hacer efectivos los derechos proclamados. Si con el primer tipo de lucha por los derechos a través de los movimientos sociales nos encontramos con unos derechos humanos generados desde poderes constituyentes populares con una mayor fuerza colectiva transformadora, en este segundo tipo de lucha relacional del día a día, los derechos humanos son ejercidos por poderes instituyentes más "cotidianistas", expresados con la *potentia* individual y personal y las acciones particulares desenvueltas por cada persona.

Para hacer operativas las normas constitucionales, junto con las acciones de los operadores jurídicos con sensibilidad por derechos humanos, que atienden las demandas y denuncias a través de sentencias, acciones de defensa y medidas administrativas, están los actos ciudadanos individuales dirigidos a hacer valer los derechos reconocidos por las normas. Pero además, en los espacios relacionales de convivencia (en la familia por medio de una educación de crecimiento respetuoso, en la escuela a través de pedagogías liberadoras, en el trabajo con el reconocimiento integral de los derechos laborales, etc.), de *motu proprio* los seres humanos pueden desarrollar un conjunto de tramas sociales con las que unos a otros se tratan como sujetos iguales y plurales, actuando y luchando para convocar y sensibilizar, desde dinámicas de reconocimientos mutuos, solidarias y desde horizontalidades, ampliando el ámbito de garantías de derechos a lugares cotidianos y no solo judiciales.

Por ello, resulta un error pensar que el contenido de los derechos humanos o de los principios y valores que lo inspiran están definidos por las sentencias judiciales que los interpretan o por las teorías iusfilosóficas. Por el contrario, el núcleo del contenido de los derechos humanos viene determinado, no por la teoría o interpretación proyectada sobre las normas jurídicas, sobre las sentencias judiciales o reflejadas en libros o manuales que solo son un complemento, sino por el conjunto de relaciones, acciones y medios que se utilizan y despliegan para hacerlos factibles en cada contexto, posibilitando o imposibilitando las condiciones de existencia y de vida plurales y diferenciadas, a partir del ejercicio continuo, histórico, permanente y abierto de la *potentia* soberana y constituyente popular. Sería un modo de verificar y comprobar la real dimensión de justeza, ajuste y verdad de la dimensión normativa y prescriptiva que poseen los derechos humanos. El mismo Albert Camus en su obra *El hombre rebelde*, una vez que afirma los límites que cualquier valor debe tener para no sacrificar vidas humanas si se convierte en absoluto, y después de analizar de qué forma en la historia de la lucha por la justicia o la dignidad humana en Occidente,

se han utilizado medios contrarios a los principios y valores proclamados, nos lanza la siguiente reflexión preguntando: ¿El fin justifica los medios?, Es posible. ¿Pero qué justifica el fin? Camus señala: *a esta pregunta, que el pensamiento histórico deja pendiente, la rebelión responde: los medios.*³¹ De esta forma nos da una pista acerca de cuáles son los contenidos de cualquier fin o principio como la dignidad, la libertad y la igualdad: son los medios y el conjunto de relaciones utilizados para hacerlos realidad los que le dan la justa medida y el auténtico significado de lo proclamado. La dimensión de la factibilidad humana, de lo que es factible y posible en un valor o principio humano, y que se hace operativo institucional y por la praxis humana, nos dará la coherencia o incoherencia material y real de aquello que proclamamos.³²

Asimismo, Leandro Konder expresa muy bien este referente material de las acciones y las actuaciones en combinación con los medios, a través del concepto de praxis, que es muy afín a la dimensión instituyente de los seres humanos y donde el contenido de los derechos relacionales se explicita no por las formas: *la praxis es la actividad concreta por la que los sujetos humanos se afirman en el mundo, modificando la realidad objetiva y –para que puedan alterar– transformándose a sí mismos.*³³ La teoría, en tanto un modo de acción y un momento necesario de la praxis, será un apoyo reflexivo que verifica los aciertos o desaciertos de la praxis. Pero es esta, consistente en el uso de medios y acciones, con la que el ser humano comprueba *la verdad, es decir, la efectividad y el poder, lo terrenal de su pensamiento*, evitando abstracciones mutilantes de los testimonios, las experiencias plurales y diferenciadas de cada persona.

En el orden de la convivencia humana y en cada espacio relacional, se construyen y respetan o se destruyen y violan derechos humanos según el tipo de relaciones humanas que se desplieguen: si mediante dinámicas de dominación e imperio o mediante lógicas de emancipación y liberación. A través de las primeras el poder se ejerce entre sujetos considerados superiores y humanos tratados como objetos inferiores, manipulables, prescindibles y manejables. Por medio de las segundas, las relaciones con el otro y la otra junto con las identidades del nosotros se construyen desde tramas de reconocimientos mutuos, respeto y considerando a todos como sujetos. El caso es que el tipo de sociedades en las que vivimos, la asimetría y desigualdad estructural es manifiesta. Son muchas las discriminaciones, violencias, marginaciones, explotaciones y exclusiones con las que se trata a los otros como objetos y se les ningunea por razones raciales, sexuales y de género, de clase, etarias, etno-culturales y por discapacidades psíquicas o físicas. En lo referido a la cultura

31 Ver Albert Camus, *El hombre rebelde*, en *Obras completas*, tomo III, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 341.

32 Sobre el criterio y principio de factibilidad, inspirado en Franz Hinkelammert, ver Enrique Dussel, *Ética de la liberación*. En *la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998.

33 Ver Leandro Konder, *O futuro da filosofia da praxis*, Paz & Terra, Rio de Janeiro (2ª edición), 1992, p.115, referencia tomada de Salo de Carvalho, "Criminología crítica: dimensiones, significados y perspectivas actuales", en *REDHES*, nº 11, 2014, (en prensa).

occidental moderna, en palabras de Aníbal Quijano, esta defiende y se mueve por un criterio de poder caracterizado por un tipo de relación social constituida por la co-presencia de tres elementos: la dominación, la explotación y el conflicto. El modo de controlar las áreas de existencia social como el trabajo, el sexo, la subjetividad/intersubjetividad, la autoridad colectiva y la naturaleza, lo ha venido realizando de forma asimétrica y jerárquica. Bajo el concepto de “matriz de colonialidad del poder”, Quijano nos muestra el modo como Occidente se ha expandido por el mundo bajo estructuras dominadoras y discriminadoras, estableciendo no solo una división social e internacional del trabajo, sino también una división del ser, del saber, del poder (y del hacer) humanos desigual, excluyente y no equitativo. Es más, el filósofo peruano señala que la globalización en curso es la culminación de un proceso que se inició con la conquista de América, teniendo el capitalismo colonial/moderno y eurocentrado como nuevo patrón de poder mundial. Uno de los ejes fundamentales de este patrón es la clasificación social de la población terrestre sobre la idea de raza, construcción mental que expresa la dominación colonial. Raza e identidad racial fueron establecidos como instrumentos de clasificación social básica de la humanidad y como complemento a la clasificación de clase. Con el transcurso del tiempo, la idea de raza se naturalizó en las relaciones coloniales de dominación entre europeos y no-europeos. Este instrumento de dominación social universal incorporó otro más antiguo, el sexual y/o de género. La raza blanca y el patriarcado del hombre blanco, varón, mayor de edad, creyente religioso, heterosexual y propietario se convirtieron en dos criterios fundamentales de distribución de la población mundial en los rangos, lugares y roles en la estructura de poder.³⁴ Los sistemas duales y binarios superior/inferior, civilizado/bárbaro, desarrollado/subdesarrollado, maduro/inmaduro, ricos/pobre, ganadores/perdedores, fuerte/débil, norte/sur, universal/particular expresan muy bien los horizontes de sentido de-coloniales y la clasificación jerárquica de la convivencia entre las personas.³⁵

Algunas de las consecuencias con respecto a derechos humanos de esta interpretación de Quijano es que las dinámicas predominantes de las relaciones en las esferas sociales son de dominación e imperio. Estructuralmente existen unas sociedades que dividen racial, sexual, genérica, clasista y etariamente de forma discriminatoria, excluyente, marginadora, desigual e injusta a la gran mayoría de la humanidad. Hay quienes pueden pensar que por ello aparecen los derechos humanos, como instrumentos de lucha y enfrentamiento a las violaciones que surgen de estos

34 Ver Anibal Quijano, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Buenos Aires, 2001, pp. 201 y ss.; en materia de género, ver María Lugones, “Colonialidad y género”, en *Tabula Rasa* nº 9, julio-diciembre, 2008; y Francesca Gargallo, *Las ideas feministas latinoamericanas*, Ediciones desde abajo/DEI, Bogotá, 2004, pp. 144 y ss.

35 Ver con más detalle en David Sánchez Rubio, “Reflexiones en torno al concepto contemporáneo de trabajo esclavo y la prostitución”, en Paulo César Corrêa Borges (org.), *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, Cultura Acadêmica/UNESP, Sao Paulo, 2013, pp. 251 y ss.

espacios relacionales. El estado-nacional sería el vehículo protagonista de límite, de control, de prevención y de sanción de las extralimitaciones de los poderes. No obstante, en función de lo que estamos diciendo, el imaginario que se utiliza de los derechos humanos y tal como lo entendemos oficialmente, no permite enfrentar la violencia estructural y asimétrica de nuestro sistema capitalista global. No la afecta. El modo como conceptualizamos y defendemos los derechos humanos solo tiene unos efectos paliativos y puntuales. Por este motivo es imprescindible salir de este bloqueo del 0.1% de éxito en la protección y las garantías. Los derechos humanos, junto con otros conceptos o medios emancipadores relacionados con la idea de liberación y dignidad humanas en perspectiva inter-cultural, deben tener unas consecuencias transformadoras de la división violenta y desigual del ser, del saber, del poder y del hacer humanos en lo étnico, lo racial, lo etario, lo genérico y lo sexual y en lo referente a la clase social. Visibilizar el papel tan importante de las esferas relacionales y las tramas sociales en todos los espacios (doméstico, libidinal e íntimo, ciudadano, comunitario, global, del trabajo y el mercado, etc.) y promocionar desde lo cotidiano el desarrollo de dinámicas de emancipación y liberación con las que todos nos constituimos como sujetos, a partir de los colectivos más vulnerados y victimizados, permitirá unos resultados mayores de transformación de esa violencia estructural sobre la que se sostienen nuestras sociedades. Por ello se debe trabajar a nivel inter-escalar (desde lo local, pasando desde lo nacional hasta lo global) y multi-espacialmente (en todos los lugares donde las relaciones humanas se desenvuelven) convocando, testimoniando, extendiendo, sensibilizando y promocionando relaciones humanas incluyentes de reconocimientos mutuos, reciprocidades y solidaridades que subviertan las opresiones y las dominaciones que generan realidades negadores, utilizando la terminología de Ignacio Ellacuría, y que nos posibiliten espacios convivenciales de disfrute y reconocimientos mutuos y recíprocos solidarios, como elemento positivo de superación dialéctica de esa escisión entre fuertes y débiles o señores y esclavos.

Resulta decisivo descubrir que, realmente, son nuestras relaciones y prácticas o tramas sociales tanto jurídicas como no jurídicas las que, en cada momento y en todo lugar, nos dan la justa medida de si hacemos o no hacemos derechos humanos, de si estamos construyendo procesos de relaciones bajo dinámicas de reconocimiento, respeto e inclusión o bajo dinámicas de imperio, dominación y exclusión. Desde ellas los derechos son un activo y permanente hacer justicia complementado secundariamente por su decir y proclamar. En definitiva, si realmente estamos contribuyendo a que los derechos humanos existan o no existan en y desde nuestra cotidianidad. De ahí la necesidad de reflejar permanentemente su dimensión política, socio-histórica, procesual, dinámica, conflictiva, reversible y compleja. Por tanto, hay que apostar por una noción historizada de derechos humanos que nos espabile de la anestesia en la que estamos sumergidos, con la que los cinco o los seis sentidos actúan simultáneamente las veinticuatro horas del día y en todo lugar. Son prácticas, acciones y modos de hacer que se desarrollan diariamente, en todo tiempo y en todo

lugar y no se reducen a una única dimensión normativa, filosófica o institucional, ni tampoco a un único momento histórico que les da un origen. Derechos humanos son luchas permanentes que guardan más relación con lo que hacemos en nuestras relaciones con nuestros semejantes, ya sea bajo lógicas o dinámicas de emancipación o de dominación, que con lo que nos dicen las normas jurídicas cuando son interpretadas a través de determinados especialistas (aunque también repercute en nuestro imaginario y en nuestra sensibilidad sobre derechos humanos).

**O DIREITO E SUA FILOSOFIA: POSITIVISMO,
ORDEM, HISTORICISMO DIALÉTICO E
OCUPAÇÃO SOCIAL**

THE LAW AND YOUR PHILOSOPHY:
POSITIVISM, ORDER, HISTORICISM
DIALECTICAL AND SOCIAL OCCUPATION

José Manuel de Sacadura Rocha

jsacadura@bol.com.br

Professor titular na Universidade de Mogi das Cruzes, nos cursos jurídicos. Mestre e Pós-Graduado em Criminologia. Especialista em Sistemas de Informação e Marketing. Bacharel em Ciências Sociais.

RESUMO

Este artigo dedica-se à Filosofia do Direito a partir das características sociológicas do Positivismo Jurídico e do Materialismo Histórico Dialético. Atualiza o Direito quanto às inexoráveis intervenções dos grupos sociais a partir das relações sociais de produção e sociais gerais. Estuda o Ordenamento Jurídico e os sistemas de justiça a partir da antinomia entre “ordem” e “ocupação” social, propondo, nos movimentos de ocupação e coletivos sociais a reintegração do Direito com sua base social e a aproximação com as demandas de justiça, igualdade e liberdade ainda a serem conquistadas pelas sociedades atuais. Que o Direito não seja mais um instrumento de controle estatal e uma maquinaria de domesticação dos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE

Positivismo Jurídico, Historicismo Dialético, Controle Social, Ocupação Social

ABSTRACT

This article is dedicated to the Philosophy of Law from the sociological characteristics of the Legal Positivism and the Historical Materialism Dialectic. Updates the inexorable law regarding interventions of social groups from the social relations of production and general social. Studying the legal system and justice systems from the opposition between “order” and social “occupation”, proposing the occupation movements and collective social reintegration of law from its social base and the approach to the demands of justice, equality and freedom still to be conquered by current societies. That the law is no longer an instrument of state control and machinery domestication of individuals.

KEYWORDS

Legal Positivism, Historicism Dialectic, Social Control, Social Occupation

SUMÁRIO

Introdução. 1. Direito e Sociologia – Positivismo. 2. O Direito Positivo em Kelsen. 3. O Direito e o Historicismo Dialético. 4. A contribuição Sociológica de Poud, Lévy-Bruhl e Gurvitch. Conclusões. Referências

INTRODUÇÃO

“Onde há vontade, ali existe caminho” (Schopenhauer)

A Filosofia do Direito, por mais vasta e complexa que seja, continua sendo um ramo específico da Filosofia, destarte a tentativa de lhe dar objetividade própria (Montesquieu, Austin, Kelsen) e se constituir como disciplina autônoma. O Direito, por mais que tenha sido objeto de estudo desde a Antiguidade Clássica (Aristóteles), é ciência moderna e empresta sua efetiva dimensão e importância à modernidade. Como as demais ciências sociais, só a partir da constituição dos Estados-nacionais e da realização do regime da soberania popular, ou seja, quando o povo é entendido como origem do poder e é objeto de ação do governo, que o Direito ultrapassa a esfera exclusiva da Filosofia. Mas, a rigor, o Direito só pode ser eficientemente compreendido dentro de sua relação intrinsecamente humana, daí que é a partir da virada do século XVIII para XIX, quando o homem-cidadão passa a ser estudado como detentor de direitos, que o Direito se vê obrigado, do ponto de vista de uma filosofia, a ser enriquecido com outras áreas do conhecimento humano, tais como Antropologia, Sociologia, Economia, Política, Linguística e Hermenêutica, entre outras. Esta é a ideia que perpassa este estudo, uma abordagem multidisciplinar. É na interdisciplinaridade de conhecimentos que repousa uma compreensão das formulações filosóficas mais importantes para o Direito.

No entanto, parece-nos que, mais importante do que efetuar uma crítica ao pensamento já construído na área, e com raras exceções (Rui Portanova, Pedro Scuro Neto, Antônio Carlos Wolkmer) acaba incorporando o Positivismo de Auguste Comte (1798-1857) como essência de sua construção filosófica, é introduzir outras possibilidades de enxergar o Direito como ciência e prática, uma forma que revele a *práxis* como fundamento, e contribua, a partir dela, para uma ciência efetivamente democrática e justa.

Neste estudo procurar-se-á mostrar implicações filosóficas da Sociologia na compreensão do Direito e sua dinâmica, mostrando-se conexões pertinentes entre vários conhecimentos das Ciências Sociais e suas consequências para as visões determinadas mais estudadas, especificamente demonstrar como o Historicismo Dialético é um contraponto teórico viável ao Positivismo no Direito; infelizmente é com base neste último que os profissionais do ramo têm sistematicamente se formado e, inevitavelmente, levado à prática judiciária ortodoxa desatualizada, socialmente ineficaz e bastante onerosa, desacreditando e afastando a justiça da sociedade e daqueles que mais acalentam esperanças nela. Muito da incompreensão atual entre a dinâmica do Direito e a dinâmica dos movimentos sociais populares, remete sintomaticamente à falta de conhecimento teórico-científico de parte a parte.

Por sua complexidade e por sua dimensão, o assunto não pode se esgotar neste trabalho, que pretende somente, e de forma inicial, introdutória e filosófica, ser apenas uma contribuição para o debate dentro deste possível antagonismo, que

se deve tanto à fragilidade do arcabouço teórico como à ortodoxia ideológica da jusfilosofia brasileira. Pretende-se afirmar que o Direito só pode efetivamente resgatar a sua nobre função, contribuir para o ordenamento do convívio social de forma equânime e democrática, se respeitar a pluralidade de valores de um País continental e plástico como o Brasil, e se perceber que seu valor último, a justiça, só será se levar em consideração a existência real dos agentes sociais em movimento que lhe dão objeto e substância prático-filosófica.

1. DIREITO E SOCIOLOGIA – O POSITIVISMO

Sem dúvida, a maior contribuição da Sociologia para o Direito foi o Positivismo. Inaugurado por Auguste Comte no início do século XIX, em meio à necessidade de organizar teoricamente a sociedade europeia desconstruída nos valores e na prática pelas duas grandes revoluções do século XVIII – Revolução Industrial e Revolução Francesa. A filosofia positiva aparece como uma tábua de salvação, no plano teórico e prático, à classe burguesa que pretende consolidar o sistema capitalista de produção. Nas palavras de seu fundador, Auguste Comte, o Positivismo era a forma superior e final de uma concepção histórica do devir humano, cuja evolução deixaria para trás a Teologia e a Metafísica (*Discurso Sobre o Espírito Positivo*). Para a classe burguesa, no entanto, foi o instrumento filosófico necessário a uma prática que ordenasse coerentemente um sistema de produção cujo fundamento é a sociedade de mercado, a hipérbole do trabalho humano, a propriedade e a acumulação privadas.

Por que a burguesia como classe viu no Positivismo um instrumento eficiente na consolidação da nova ordem econômica, política e social? Vejamos. O Positivismo filosófico pode ser assim resumido:

1. Ordem e Progresso – é necessário instituir um ordenamento à sociedade de tal forma que a ordem, a estabilidade, seja a condição maior para o desenvolvimento e progresso material. Não é o progresso material, o desenvolvimento econômico e social (distribuição dos produtos desse desenvolvimento e riqueza), que importa em primeira instância, mas a ordem, que em primeiro lugar deve ser conquistada de toda a forma como condição *sine qua non* para esse progresso e desenvolvimento, que Comte via de forma extraordinária na implantação da grande manufatura;

2. Leis Universais – O Universo e tudo que rodeia o homem são compostos de leis imutáveis e propriedades fixas; cabe aos homens entenderem essas leis e propriedades constantes, mas não cabe a eles questionar suas causas nem tão pouco derivar novas circunstâncias a partir desse entendimento;

3. Objetividade – os fenômenos sociais, mais tarde denominados Fatos Sociais por Émile Durkheim (1858-1917), em *As Regras do Método Sociológico*, no final do século XIX, discípulo de Comte, devem ser tratados como “coisas”; essa “coisificação” da sociedade, de suas relações sociais, procura conferir ao tecido social uma objetividade física e material, da mesma forma que as ciências naturais, físicas e biológicas tratam cientificamente de seus objetos de estudo, por exemplo, o

comportamento dos átomos ou um inseto num laboratório de biologia. Não foi por acaso que Comte se referiu inicialmente ao Positivismo como “Física da Sociedade”;

4. Neutralidade – como princípio científico o pesquisador, o cientista social, o estudioso deve se dirigir à sociedade de forma isenta e analisar seus fenômenos com total e absoluta neutralidade, em razão, claro está, de “não comprometer” com suas prenoções e valores os resultados de suas análises, deduções e induções.

Eis, de forma sucinta, os fundamentos da filosofia positiva. Em seu contexto geral, ainda que pese a seu favor a intenção dos autores em fundar uma ciência da sociedade com objeto próprio e consolidá-la nos meios científicos, a “coisificação” do tecido social, a objetividade conferida por leis imutáveis e propriedades fixas, a neutralidade do pesquisador-cientista, aliadas à noção primeira da ordem social, só pode produzir uma filosofia passiva que, quando aplicada aos vários ramos das ciências sociais acabam por redundar em conhecimentos estéreis e apáticos. E o Direito não fica à margem desta determinação nefasta.

Invariavelmente, o maior perigo na produção científica, é deixar-se levar por conceitos e afirmações intuitivas, à primeira vista irrefutáveis. O Positivismo está cheio delas. Quem pode duvidar da neutralidade do pesquisador-cientista, de sua objetividade, da necessidade de organizar e colocar ordem na sociedade? No entanto, que cidadão gostaria de ter um “defensor neutro”? O comportamento social não é um objeto de estudo passível de ser reduzido a algo com características imutáveis, um objeto formado por propriedades constantes; a sociedade no seu todo é um sistema vivo, uma rede multideterminada e, ao mesmo tempo, multideterminante pelo dinamismo inexorável de seus agentes.

Ora, se aplicamos esta imobilidade, este determinismo quase religioso (afinal de onde vêm essas leis imutáveis e esse Universo com propriedades fixas?) ao Direito, vamos acabar por aceitar um conjunto de normas tão imutáveis e “divinamente” superiores que, evidente está, não poderão se basear no dinamismo social real e muito menos acompanhar a mutabilidade intrínseca dos comportamentos sociais. Portanto, é uma filosofia falseante e afastada do fundamento que lhe é superior: o corpo social.

Dai, a norma jurídica, a lei, exercida nestas condições, quando totalmente divorciada do dinamismo multifacetado do corpo social, ao se impor sobre a realidade que procura ordenar só o faz, de fato, através do autoritarismo institucional que lhe dá suporte. Ainda assim, mesmo de um ponto de vista absolutamente institucional, dos organismos que dão sustentação ao Direito Positivo, essa sustentação só pode ser relativamente bem sucedida e duradoura se houver uma coerência interna; neste caso, a coerência está na aceitação social mais geral de que efetivamente a “Ordem” precede determinada configuração social seja qual for o contexto e momento de sua organização. De fato, em última instância, é essa reciprocidade, como diria Max Weber (1864-1920), que sustenta o Direito Positivo no Brasil: a crença na “Ordem” como fenômeno social superior e divinizado (afinal está em nossa bandeira desde a instauração da República!), incorporado como “consciência coletiva” na sociedade brasileira pelo Estado e por seu par o Direito Positivo, que, num mo-

vimento recíproco, a própria sociedade acaba reforçando, instaurando o arbítrio da lei que pouco representa a realidade da vida social, se apresenta mais como uma representação, idealização de sua existência material, na verdade, como a ideologia dos grupos de poder.

Neste íterim, é preciso lembrar que manifestantes – neste caso, o discurso oficial traduz todos por “vândalos” –, estão sendo processados com a aplicação da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983), que traz uma gramática já conhecida de outrora, ao tipificar “organizações políticas ou subversivas” em seu artigo 20º; ou ainda a Lei de Organização Criminosa de 2013 (Lei nº 12.850/2013), penalizadora, criminalizadora, arbitrária, que modificou o Art. 288 do CP – “Associação Criminosa” para pior, ambas, afrontando muitos dos direitos e garantias constitucionais. Ocorre que esse processo de endurecimento penal e repressivo vai se generalizando e passa a selecionar quando quiser e pior, quem quiser, diga-se, quando necessário a interesses outros e arbitrários, se um cidadão é um “manifestante pacífico” ou um “vândalo”.

Em tal situação, o paradigma da objetividade e neutralidade no Direito pode ser mais nocivo à sociedade e à preposição de fazer justiça do que de forma superficial se pode supor. A objetividade que coloca em situação de inferioridade o homem em relação ao seu ambiente social e à história, na medida em que apenas deve interpretar o universo imutável e de movimento perene, sem possibilidade de questionamento das causas e consequências desse movimento, e de seus fenômenos constituintes, e a neutralidade em relação a esses acontecimentos, mais do que contribuir para a ordem jurídica incorruptível e a segurança, acaba, de fato, construindo um Direito passivo, estéril e dolente, quando não, injusto e desproporcionalmente punitivo, em relação à situação real de um contingente majoritário da população brasileira: os explorados, os excluídos, os marginalizados, os pobres e todos aqueles que anseiam com propriedade, constitucional por sinal, por justiça, igualdade, cidadania e condições mais satisfatórias de realização da condição humana.

Ainda que a produção da ciência só fosse inquestionavelmente possível pela objetividade e neutralidade, o que não é sequer um fato aceitável mesmo para a própria ciência (Rubens Alves), ainda assim, tem que se perguntar que ciência é essa que se diz legítima e verdadeira exatamente quando abandona a verdade que lhe deve sustentar o entendimento, qual seja, as condições históricas e concretas de vida dos indivíduos homens? Que Direito é este que procura a justiça por um ordenamento divorciado e viciado na sua superioridade legalista pretensiosa em relação ao detentor, em última instância, de sua própria legitimidade e força, o cidadão?

2. O DIREITO POSITIVO EM KELSEN

A Filosofia do Direito Positivo tem na modernidade o expoente máximo em Hans Kelsen (1881-1973). De forma bastante resumida, introduzimos neste estudo alguns de seus conceitos fundamentais, principalmente a partir da obra *Teoria Pura*

do *Direito*, à guisa de exemplo do que trata hodiernamente o Direito Positivo no plano filosófico, transformando-se, mais propriamente, em Positivismo Jurídico.

Em primeiro lugar, deve-se lembrar do propósito inicial de Kelsen em procurar aquilo que ele mesmo denominou de o «princípio da pureza», segundo o qual o enfoque de uma ciência propriamente jurídica deveria partir da «Norma». Desta forma, para o jurista, o Direito deveria ser visto “cientificamente” como norma, não como fato social, valores ou costumes (a não ser com relação à “Norma Fundamental”, esta, contudo, não uma Lei!). Ainda que se possa defender a intenção do cientista na procura de um modelo que conferisse ao Direito uma autonomia em relação a outros aspectos do conhecimento, o fato é que na visão de Kelsen o Direito enquanto ciência se explicaria pela norma em si mesma, e constituiria em princípio um sistema hermético, fechado.

Assim, a norma parece não ter sintonia com o corpo social, nem com seus costumes e nem se constitui naturalissimamente, mas, constitui uma legalidade cuja validade está simplesmente na relação, obrigatória, entre as várias normas elaboradas em cascata. Esta, aliás, é uma premissa que distingue o Direito positivo: não ser natural, mas produto do conjunto formal de normas instituídas de forma lógica pelo arbítrio humano; uma abstração formal necessária e construída em algum momento para regular a sociedade desorganizada. Para os contratualistas, Hobbes, Locke e Rousseau, é essa necessidade de se organizar que cria o pacto social, um contrato que resgata o homem de seu «estado de natureza» e o coloca numa sociedade política, quer dizer, jurídica, onde então as normas formais, as Leis, que podem regular e controlar os indivíduos em sociedade, salvaguardando, em princípio, e essa é a contrapartida de uma certa perda de soberania, ora os direitos individuais, ora o bem estar da comunidade. O problema desta visão é que, não sendo a norma um produto imanente do social, ela pode, claro está, se auto-intitular na fazedora suprema da «Ordem». Este é o motivo pelo qual o Positivismo Jurídico precisou lançar mão da Hermenêutica quando estabeleceu critérios hierárquicos para a efetivação normativa quando o fato social *sub judice* não encontra respaldo de forma satisfatória na Lei, quando das chamadas “lacunas normativas”, a saber: a) harmonizar os textos; b) normas de hierarquia distinta prevalece a superior; c) a norma principal prevalece sobre a acessória; d) norma cogente prevalece sobre a dispositiva; e) norma posterior prevalece sobre a anterior.

Como a norma tem que ter validade – embora em sua concepção positivista, não necessariamente legitimidade –, Hans Kelsen vai buscar essa condição em norma precedente e assim sucessivamente até à “Norma Fundamental”, que, como observado, possivelmente encontra sua natureza nos costumes, portanto, fora da própria cascata de normas, sendo mais um pressuposto conceitual “apolítico” a aferir coerência interna ao sistema de validade normativa.

Menciona o referido filósofo jurista em seu clássico *Teoria Pura do Direito* (1994, p. 221 – *grifos nossos*):

A norma fundamental de uma ordem jurídica *não é uma norma material* que, por seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, *ou através do costume* – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, *a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume*, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas [...]

Mais à frente Kelsen parece nos esclarecer melhor o que seja a “Norma Fundamental” nos seguintes termos (*idem*, p. 242 – *grifos nossos*):

Dado que – como se mostrou – a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, *ela não exerce qualquer função ético-política mas* tão-só uma função teorética *gnoseológica*.

Por aqui também se percebe nitidamente que a Constituição não é a “Norma Fundamental” para Kelsen, como tantas vezes se tem confundido. Ainda, como a norma é prescritiva, isto é, ela confere ao comportamento humano um sentido que deve ser cumprido, a norma é em si mesma jurídica e válida por ter prescrições que podem ser encontradas na “Norma Fundamental”, desde que posteriormente a esta, todas as outras sejam criadas e colocadas por um “poder especial”, mas de acordo com uma lógica e silogismo que obriga a uma relação irremediável entre a norma posterior e a anterior. Por isso, em última análise, a legitimidade e validade da norma nada têm a ver com conceito de justiça, pois sua validade deriva exclusivamente da correspondência que encontra em outra norma, ainda que o legislador esteja “obrigado” a efetuar tal correspondência e “justificar” tal silogismo. Como não interessa investigar as “causas” da norma, nem tão pouco a origem da “Norma Fundamental”, igualmente as suas consequências, o Direito como ciência em si mesmo simplesmente “é” e a juridicidade “é” válida independente da possibilidade da brutalidade, desumanidade, opressão, tirania originários de ato jurídico normativo mesmo que decorrente de outra norma, independente de uma direta e sequencial lógica correspondente, pois não está dito que a norma “subsequente” deve estar relacionada à norma imediatamente “anterior”, mas apenas a uma delas.

Por exemplo, a Constituição de 1988 é decorrente da Emenda Constitucional Nº. 01, promulgada pela junta militar em 1969, que por sua vez autorizou juridicamente a Emenda Constitucional no.26 de 1985, feita à Constituição de 1967, pela qual se convocou a Assembleia Nacional Constituinte daquele ano. Mas, a Emenda

Constitucional Nº 01 de 1969, tem origem no Ato Institucional Nº 05, promulgado arbitrariamente e pela força pelos militares no golpe de 1964, que dava poderes ao Executivo para legislar quando do “fechamento” do Congresso Nacional, decretado pelos mesmos. Daí para trás não existe nenhuma norma jurídica capaz de justificar a concentração de poderes no Presidente da República para baixar o Ato Institucional Nº 05 (Coelho: 1999, p.30-32). O Positivismo Jurídico releva, a rigor, este fato, de que a Constituição de 1969 seja produto de um golpe político, de um Ato Institucional de um estado de exceção forjado por uma elite e consumado por forças militares, e desconhece a ilegalidade e a agressão ao Estado legítimo de direito existente em 1964 e exercido pelo voto popular do presidente João Goulart.

Por fim, em Kelsen a neutralidade científica aplicada à ciência jurídica, se para o jurídico do moral e do político como explica Tércio Sampaio Ferraz Jro. (*In*: Coelho: *idem*, prólogo):

À ciência do direito não caberia fazer julgamentos morais nem avaliações políticas sobre o direito vigente. [...] com sua norma fundamental neutra (Kelsen) era obrigado a reconhecer, como de fato o fez ao chegar para o exílio nos EUA, que o direito nazista, por injusto e imoral que o considerasse, ainda assim era direito válido e legítimo.

Ainda que não se possa culpar Hans Kelsen pelos “oportunismos” políticos dos governos (não se deve esquecer que Kelsen teve que deixar a Alemanha nazista!), na ânsia de dar ao Direito o *status* de ciência, seu positivismo jurídico e centralismo normativo desviou a Filosofia do Direito para uma perspectiva técnica que acaba se rebelando contra a sociedade e contra as populações que utilizam a justiça. Exemplo disso é o furor arrecadatário do Estado brasileiro, destarte toda a proteção e a construção principiológica do Art. 150º da CF/88 (princípios da legalidade, isonomia, capacidade contributiva, vedação ao confisco etc), afrontados diretamente e cuja legalidade é sempre justificada tecnicamente por nossos governantes.

3. O DIREITO E O HISTORICISMO DIALÉTICO

Outra possibilidade de análise da Filosofia do Direito é aquela que parte dos grupos humanos, resgata e afirma a vida concreta dos indivíduos na produção de sua existência. Remonta aos primórdios da filosofia, na Grécia arcaica (séc. VII e VI a. C.), a “vida política” do Direito, quando, por exemplo, Heráclito de Éfeso diz que “É preciso que o povo lute pela lei, tal como pelas muralhas” (*In* Sacadura Rocha: 2013, p.22). Heráclito é importante por seu pioneirismo em afirmar o “movimento” e a “complementaridade” de todas as coisas na natureza e, por extensão, na vida social, portanto, Heráclito foi o pai do materialismo-dialético e igualmente da teoria dos sistemas (muito antes de Ludwig Von Bertalanffy (1901-1972)). Ele está na origem do pensamento atomista-materialista de Demócrito de Abdera e do materialismo-dialético de Epicuro de Samos. Mas foi só no século XIX que o materialismo-

dialético se uniu ao historicismo social de forma metodológica consistente, através do trabalho de Karl Marx e Friedrich Engels, os pais do Materialismo Histórico Dialético moderno.

O que é esta filosofia? Uma existência, em primeiro lugar, material, quer dizer, a forma real como os homens produzem os bens necessários à sua subsistência, posto que qualquer filosofia só possa habitar seres pensantes vivos. Assim, a condição primeira da possibilidade de filosofar e de criar ciência, notadamente a ciência jurídica, é permanecer vivo o ser humano. Para tal, ele precisa trabalhar, criar as condições de sobrevivência, que, diante da natureza inóspita, lhe suscita uma quantidade considerável de necessidades básicas: alimentar-se, vestir-se, proteger-se, procriar-se em condições propícias, entre outras.

O trabalho humano, a rigor, não é uma opção que os indivíduos possam fazer, mas uma necessidade de sobrevivência. E esta não opção exige dele, de um lado, o desenvolvimento de seu ser como tal (transformação do corpo e da inteligência), de outro, o desenvolvimento de tecnologias capazes de suprirem por seu trabalho aquelas necessidades. Como essas necessidades só fazem crescer no processo mesmo de seu desenvolvimento (quero e preciso de novos bens), de sua sobrevivência como espécie (o grupo humano cresce pela procriação) e das dificuldades encontradas diante da natureza (para usufruir dela e das intempéries que lhe são próprias), então só existe uma alternativa para esse homem: criar e recriar permanentemente, de forma quantitativa, mas, sobretudo, de forma qualitativa, as condições de sua sobrevivência material, ao mesmo tempo intelectuais e fisiológicas. Novas necessidades geram novos problemas, que geram novas soluções, que geram novos problemas e assim infinitamente. Não por acaso que a Carta Maior de nosso país afirma em seu Art. 170º: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF/88).

De tal forma este ciclo virtuoso se repete que, pelo trabalho, o ser humano desenvolve-se como tal, física e intelectualmente, e desenvolve junto todas as condições materiais, econômicas e políticas, de sua existência real, tal como ela é numa determinada relação histórica, primeiro com o ambiente natural que o circunda, segundo com os seus semelhantes. Na relação com a natureza se apropria dela e a transforma em produtos de sua sobrevivência, desenvolve os instrumentos e seus processos de trabalho; na relação com seus semelhantes desenvolve as relações sociais de produção, que juntamente com aqueles instrumentos e processos de trabalho, constituem as forças produtivas humanizantes. Então, esta humanização se dá, de forma concomitante, por duas razões: pelo desenvolvimento intelectual e físico necessário para um trabalho materialmente exequível, e pelo desenvolvimento das relações sociais estabelecidas a partir já desta mesma produção e suas formas específicas. Como todo este ciclo virtuoso de desenvolvimento se verifica na construção da existência material, pelo trabalho e pelas forças produtivas e relações sociais daí decorrentes, pode-se afirmar que é

na *práxis* (Aristóteles) que o ser humano se constitui como tal. A *práxis* é, portanto, um conceito histórico e dialético (Karel Kosik).

Primeiro, é histórico porque concebe uma multiplicidade de condições diante das quais cada geração de seres humanos se depara, isto é, condições que não são as mesmas a cada momento e em cada lugar. Em segundo lugar, porque o homem agora não é apenas agente passivo, não apenas interpreta as leis imutáveis do Universo e de tudo nele, mas participa ativamente do processo de construção de sua vida material, que como se disse, é impulsionado por necessidades crescentes que objetivamente precisam ser supridas. Assim, pode-se dizer que a história da humanidade é, em última instância, a história do engenho humano na superação das dificuldades e problemas que sua própria existência recoloca inexoravelmente. De certa forma, a história é a história da produção qualitativa, do desenvolvimento qualitativo dos meios e formas de produção, de onde todas as relações sociais são oriundas. A *práxis* é a própria história humana.

Ao mesmo tempo, a *práxis* é dialética na medida em que parte de contradições constantes e inerentes ao devir humano. Contradição entre a natureza e a sobrevivência humana, contradição entre necessidade e superação, entre problema e resolução, formas e meios de produção de um lado e relações sociais de produção de outro, vida material e intelectual, individual e coletivo, economia e filosofia, solidariedade e classes sociais antagonicas, emancipação e regulação, norma e individualidade, democracia e tirania, Estado e liberdade, Direito Positivo e Direito Histórico Dialético. No embate entre os opostos, permanentemente se reforma situações anteriores, ideias que pareciam petrificadas, dogmas inquestionáveis, formas de trabalho incompatíveis com relações sociais, e vice-versa, formas jurídicas incompatíveis com relações sociais reais. O movimento está por toda a parte, um movimento humano, que da contradição se complementa em práticas e pensamentos novos, para logo ficarem velhos, e darem lugar a novos comportamentos e reflexões sobre a existência. O trabalho gera a filosofia no humano e a Filosofia gera a intervenção dos agentes sociais.

O Estado e o Direito são *superestrutura* social, a dimensão decorrente e no topo da estratificação social criada por Marx. A *estrutura* é a produção material, as forças produtivas e suas relações sociais de produção, logo, localizada na “base” da sociedade. Entre a “base” – a produção material e as relações sociais correspondentes, a *estrutura* –, e a colossal institucionalização do Estado e do Direito que o legaliza, o aparato jurídico social – a *superestrutura* –, interpõe-se a produção filosófica dos homens, que interpretando as suas condições e relações materiais de produção, desenvolvem intelectualmente a compreensão e explicação dessa produção e dessas relações, como a vida concreta. É essa vida concreta que os homens pretendem organizar e controlar através do aparato jurídico-político, o Estado de Direito.

Deste ponto de vista, o Direito é consequência da existência material dos homens; não uma visão idealizada dessa existência. Mesmo quando pretende ordenar o comportamento e convívios sociais, o Direito só poderá fazê-lo legitimamente, de verdade, a partir dessas condições concretas da produção da existência dos seres

humanos, de suas formas específicas e históricas de produção e das relações sociais que delas derivam. Ao mesmo tempo, o faz através de um processo de compreensão e racionalidade derivado dessa mesma produção e suas relações, o que implica admitir logicamente que a filosofia que possa estar por trás do Direito, passou antes por uma concepção “matizada” advinda dessa *estrutura* socialmente produtiva.

Eis a passagem clássica de Marx que sintetiza perfeitamente a relação entre *estrutura* e *superestrutura* (*Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política*, 1983, p.233):

O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu-me de guia para meus estudos, pode formular-se, resumidamente, assim: na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; estas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina a sua consciência.

A rigor, pois, o Direito vai sempre refletir como *ultima ratio*, como produto de uma racionalidade filosófica determinada, os meios e formas de existência material dos agentes sociais e das relações que estabelecem a cada momento de forma complementar na produção. Mais, a própria Filosofia, só pode refletir, de forma lícita, essas mesmas condições e relações produtivas. Daí deriva, claro está, a inversão que o Direito Histórico faz em relação à Filosofia Positiva: não é a norma que determina a conduta social, mas sim a forma de produção social que determina a norma. Não é também uma visão filosoficamente estéril do Direito que o faz mais coerente e mais verossímil, que, evidente, só pode criar conceitos e axiomas cuja última explicação é o imponderável, hipóteses não refutáveis pela realidade da vida dos homens, porque nada têm a ver com ela.

O que pode dar à Ciência Jurídica um caráter verdadeiro e legítimo é uma filosofia que, por princípio, já nasce presente, concreta, “refutável” em tese pelo fato de fazer a opção pela realidade, pela vida dos homens como ela é, dinâmica. A Filosofia do Direito, neste sentido, só consegue ajudar o Direito a fazer ciência, na medida em que busca a razão da regulação e da norma, da lei e de seu caráter prescritivo, numa racionalidade presa incontinentemente da vida real e de sua complexidade nas estratégias de sobrevivência e na agenda que estas estratégias engendram na *práxis* humana, matéria e espírito num todo, construído dialeticamente na sobrevivência humana. Se se quer encontrar a “Norma Fundamental” tem-se que a procurar na existência dos homens como eles a produzem e a racionalizam. Ali, onde homens concretos se fazem, ali fazem as normas, as regras, os costumes; ali “amalgamam” a lei, o espaço jurídico-político que lhes ordenará e organizará o convívio e compor-

tamento sociais. Ali, de acordo com o barro que usam, de acordo com o machado que fabricam, ali, de acordo com a divisão social do trabalho que criam.

A “Ordem”, desta feita, não é a coerência possível a uma normatividade não histórica. A “Ordem”, por assim dizer, se corporifica, torna-se inteligível como produto de uma normatividade que tem raízes, não na outra norma precedente, mas na vida humana, na produção humana, nas relações sociais da produção humana, na interpretação dessa realidade levada a cabo pelo filósofo. Não é a norma que faz a “Ordem”, mas uma “determinada ordem” que faz a norma se parecer com ela e sustentá-la – ainda que na consciência dos homens condicionados por ela (Ordem) isto lhes (a)pareça invertido.

Em decorrência, se a organização e a “Ordem” existente na vida concreta dos homens é do tipo classista, desigual e discriminatória, a norma correspondente tem tudo para sair de acordo com essa «fôrma». Isto é, a normatividade jurídica precisa fazer um esforço significativo para que enxergue além das relações e mecanismos sociais de produção da vida mesma, e possa efetuar uma crítica à realidade material que lhe dá substância e forma – ou como em Nietzsche, a “Filosofia deve fazer a crítica de si mesma”.

Simplificando, a norma jurídica será produto das relações e mecanismos de produção material da vida dos homens; se estas relações e estes mecanismos não são justos, não primam pela igualdade de condições de vida e concretização equidistante das potencialidades humanas, por exemplo, se são de exploração do trabalho humano mercantilizado, o Direito será, em princípio, o «suprassumo» dessa realidade. A possibilidade de reverter esse quadro de ordenamento e controle social que preserva essas condições de desigualdade depende, em parte, e só em parte, do esforço para que a doutrina, o jurista, o bom-senso e racionalidade de defensores e juízes, aprimorem práticas e sistemas capazes de questionar e modificar substancialmente essas relações estruturais desiguais e perversa assimetria social.

Como, em última instância, são estas relações e mecanismos que impõem a filosofia oficial e a regulação do Direito, reproduzido assim no poder de Estado e seu aparato policial, e nas instituições ideológicas sociais, aos agentes sociais se impõe lutar primeiro para que as condições materiais de reprodução material da existência humana se modifiquem. Isto é, a rigor, mais importante: modificar primeiro os mecanismos de produção e as relações humanas que deles derivam, o que leva inexoravelmente à intervenção e ocupação social como tem-se visto, aparentemente na contramão das políticas públicas dos governos e dos sistemas jurídicos positivistas.

4. A CONTRIBUIÇÃO SOCIOLÓGICA DE POUND, LÉVY-BRUHL E GURVITCH

Ainda que a visão sociológica do Materialismo Histórico Dialético seja obra maior de Marx e Engels, outros autores propuseram uma visão de Direito menos positivista e que “tangência” ora o historicismo ora a dialética em ciência jurídica.

Entre eles vale lembrar Roscoe Pound (1870-1964), Henri Lévy-Bruhl (1857-1939) e Georges Gurvitch (1894-1966).

Para Pound a ciência jurídica é interpretada de forma teleológica, sistêmica. Um conceito importante diz respeito à distinção entre “justiça sem lei”, sem regras determinadas, baseada na vontade e liberdade do corpo social, cujo resultado são as “sanções espontâneas” da comunidade, dos próprios agentes sociais como forma de repúdio a determinada conduta, e a “justiça com lei”, como aplicação geral, “fundamentada no pressuposto de igualdade e infalibilidade possíveis, graças à autoridade técnica que os desenvolve, persistindo o direito, apesar de todas as vicissitudes, como razão e não como vontade arbitrária” (Castro: 1999, p.201).

Este segundo tipo de justiça seria o equivalente da “sanção legal”, que apesar de ser geral, só pode, na visão de Pound, ser relativamente infalível e equânime, pressupondo uma racionalidade pragmática como se revela na ideia de que o “bem moral tem sua essência definida pela capacidade de satisfazer a uma necessidade” (Castro: *idem*, p.201). Ao mesmo tempo, ele opõe o direito rígido, normas, ao direito flexível, composto por princípios, concepções e padrões, enfatizando a doutrina como fundamento maior, no sentido que o Direito é impregnado de valores ideais que podem e devem ser usados como instrumento de justiça, mas que não pode prescindir da realidade particular e cultural de cada sociedade.

Em Bruhl os “costumes” apresentam uma posição de destaque, criticando a visão de que lei, costumes e jurisprudência fossem fenômenos jurídicos diferentes. Para ele, esses aspectos não são mais do que variações da expressão da vontade do grupo social, e todo “o Direito emana do grupo social; as normas jurídicas exprimem a maneira como esse grupo entende as relações sociais” (Bruhl: 1964, p.42). Além de recolocar as relações sociais e a vontade do grupo social como fundamento do Direito, a sua tese central é que o ordenamento e controle sociais não encontram primazia no Direito, contrariamente a Pound, que via no Estado a preeminência da consolidação técnica das normas, sendo que os costumes executam de forma essencialmente semelhante esse mesmo ordenamento e controle. Para Bruhl, contudo, o Direito deve ser gerenciado de forma técnica, e o processo de promulgação das Leis deveria ficar a critério de um órgão especializado, evitando a interferência política, aproximando-se assim da ideia de Max Weber e muito de Hans Kelsen.

Por outro lado, o relativismo de Bruhl leva-o a descrever o crime como um fenômeno normal na medida que se encontra genericamente em toda sociedade sem ser acidental (uma leitura próxima à de Durkheim), e cuja caracterização só é lícita a partir do juízo efetivado pela sociedade. Quanto mais o crime atingir a consciência coletiva (Durkheim) e atentar contra a ordem estabelecida, maior a sanção. Por exemplo, nas sociedades indígenas o maior crime punido com a pior das sanções é o atentado contra tabus, e não o atentado à vida, como nas sociedades complexas.

Além disso, para ele a pena tinha um duplo sentido: a de punir o crime e restabelecer a ordem, e em um tempo, sancionar o criminoso e reintegrá-lo na

comunidade. Desta forma, o Direito é eminentemente “restaurativo”, centrado no controle da população e sua diversidade, reparar o dano a partir do agente, imputar o castigo de forma a manter o vínculo com a comunidade à qual pertence, com ênfase no diálogo e negociação e chamar a atenção para a responsabilidade social mais abrangente em construir a partir do ato marginal a prevenção futura que normalmente passa pela recuperação e reintegração do agente.

Portanto, Bruhl tem um papel importante na definição de um Direito a partir do grupo social, relativizando a forma como cada grupo preconiza o que é crime ou não, revitalizando os costumes como categoria da mesma essência da norma jurídica, e ainda uma predisposição de resgatar um direito formal que esteja mais preocupado com o crime do que com o criminoso, no sentido de restaurar a organização do grupo social e prevenir futuros atos semelhantes através da educação e reintegração do agente, em última instância uma falha na solidariedade social. Neste sentido pode-se pensar na pertinência da Lei de Execução Penal – LEP (7210/84), que afirma no Art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, e no Art. 3º: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único: Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

Já Gurvitch usa o conceito de dialética como instrumento de antidogmatismo, a partir de suas características fundamentais de antinomia e complementaridade, antítese e síntese. Quando aplicado ao Direito, sua visão de dialética leva a acreditar que “representa uma tentativa para realizar, numa dada ambiência social, a ideia de justiça (que é, preliminar e essencialmente, a reconciliação e a variável dos valores espirituais em conflito, assimilados a certa estrutura social), através de um normativismo multilateral imperativo-atributivo baseado em laço determinado entre deveres e direitos” (Gurvitch: 1946, p.86).

Ainda que o objetivo do Direito seja a realização de justiça, derivada da oposição e complementaridade entre direitos e deveres, ele é uma tentativa de organizá-los num determinado ambiente histórico composto por antagonismos valorativos. Por isso, pode-se experimentar em sua filosofia a nítida percepção de uma realidade social fundamental na base do Direito, buscando a execução de um valor maior, a justiça, que, no entanto, não está acima dos homens em seus ambientes sociais determinados, mas produz-se a partir de oposições que se complementam mutuamente, tais como: opinião individual e opinião pública, patrão e empregado, norma e costume, justiça retributiva e restaurativa, consciência individual e consciência coletiva, positivo e dialético, Direito e justiça.

CONCLUSÕES

O Direito Positivo não é só inverossímil – no sentido em que não se pode estabelecer a validade e legalidade de uma norma prescritiva apenas por decorrência

de uma outra anterior, e pelo fato irrefutável que a “Norma Fundamental” não se encontra, senão por mecanismos teológicos e metafísicos, além da realidade social concreta –, mas também é ideologicamente autocrático, na medida em que vai além da formalidade da norma, seja qual for seu embrião metodológico, prevalecendo a “Ordem” como fundamento do ordenamento jurídico, assim posto, sem estreita e sensível relação com os indivíduos sociais, política e materialmente definidos. Não é, pois, de estranhar que toda a arbitrariedade, exclusão e discriminação sejam sempre defendidas pelo Estado de exceção (ditaduras, tiranias, fascismos, nazismos, ditaduras do proletariado, totalitarismos culturais, fundamentalismos religiosos), como válidas e juridicamente legais.

É sempre a “Ordem”, com base na lei, que justifica a força bruta, a irracionalidade e o *nonsense* do poder de Estado, seja lá quem dele seja detentor. No fundo, é a omissão desse Positivismo Jurídico, a neutralidade e objetividade como recurso ideológico do poder, das elites e da tecnocracia despreparada, que incentiva a ilegitimidade e arbitrariedade de fato. Mais do que a formalização da norma, a norma acima do direito natural e dos costumes, mais do que uma visão política de sociedade e de uma necessidade de organização formal, a ciência jurídica, quando positivista, é um instrumento de opressão, objetivação e controle dos agentes sociais. Há que se discutir a origem desse Direito, dessa norma, dessa objetividade, dessa neutralidade, dessa visão de homem passivo diante da história que “só” pretende “entender para manipular”, mesmo quando diante das piores atrocidades cometidas contra a maioria dos indivíduos, nas nações mundo a fora. Eis que, diz Kelsen na *Teoria Pura do Direito* (1994, p.17): “Num sentido muito amplo, toda a conduta humana que é fixada num ordenamento normativo como pressuposto ou como consequência se pode considerar como autorizada por esse mesmo ordenamento e, neste sentido, como positivamente regulada.” Contudo, “positivamente regulada”, “num sentido muito amplo” não quer, necessariamente, dizer “autoritária e hermeticamente regulada”, mas, infelizmente o Direito da “Ordem” acima de tudo e de todos desconhece essa diferença. Logo, longe de “prevenir”, “educar”, “harmonizar”, “ser justo”, o Direito positivista realiza de fato a desigualdade socioeconômica, a domesticação das vontades e energias humanas e presta-se à “seleção” higienizadora das populações nos Estados, integrando as políticas públicas a partir do século XIX.

O Estado, do ponto de vista histórico dialético, como superestrutura jurídica, desenvolve-se a partir das condições econômicas e sociais de produção, portanto, o colossal aparato jurídico, normativo e de poder que cada sociedade determina a cada momento em seu devir histórico, está sempre enraizado não no idealismo filosófico do cientista, do doutrinador ou do juiz, mas nos homens do povo, nos cidadãos, nas divisões sociais e seus relacionamentos, tais como se verificam concretamente na produção de sua existência.

Em cada sociedade predomina um modelo de produção com características definidas que lhe dão um *status* de modelo coerente e acabado pelo qual se pode

compreender a forma reguladora dos comportamentos humanos em sua generalidade e totalidade. São estas definições – “convenções” – que, por outro lado, possibilitam que os homens se organizem e estabeleçam vínculos, antes de subsistência material, depois de reprodução da vida cultural, finalmente da vida política com determinada configuração de poder. Por exemplo, o sistema de mercado não é uma idealização filosófica do cientista, do poder ou mesmo de uma classe social. O mercado é uma relação social específica de produção oriunda da dinâmica que os homens, determinados por suas condições materiais de vida, criaram na luta pela sobrevivência.

Da mesma forma, o Direito, como instituição do ordenamento normativo, não é a pura idealização do filósofo, mas apenas o aparato jurídico, com peso de lei, é verdade, que nascido dessas condições de vida e relações sociais adjacentes, cristaliza no aparato de Estado tais condições. Assim, o Direito tem uma substância, uma concretude, que são os homens em processo produtivo, tal como se dá na realidade. Portanto, existe sim uma História do Direito: é a história da vida dos homens reais na produção de sua vida.

O Direito tem uma essência: as relações sociais, materiais, originárias da produção, mas que agora já se espalham por todo o corpo social em todas as suas instituições. O Direito é dialético: as condições de vida e as relações sociais que a compõem apontam para uma diversidade contraditória que, de alguma forma, precisa se “complementar”, produzindo a síntese mais acabada da existência humana. O Direito tem filosofia sim, a filosofia da *práxis*, da luta entre o meio e a sobrevivência, da luta da sobrevivência e Deus, da luta entre a aparência e a essência, da luta oriunda da desigualdade, dominação, da opressão e exploração entre os homens, e já hodiernamente, da luta entre indivíduo e Estado. Por isso os movimentos sociais de ocupação e intervenção na coisa pública – leis, políticas, sistemas, gestão –, que envolvem a vida social e individual, é perene e irrefutável.

Neste sentido, a Filosofia – que intermeia a infraestrutura produtiva e a superestrutura jurídica, partindo da porção concreta, da base material de produção e subsistência –, precisa abstrair a norma e a lei como reflexo dessa concretude. O Direito é concreto e abstrato a um tempo: a rigor, o Direito é concreto pela sua base material, e abstrato na medida em que procura e precisa refletir, captar o sentido e doutrinar nessas condições materiais. O conjunto de normas jurídicas, por mais que se considere perfeito em sua organização, e por mais eficiente que seja na sua instrumentalização e praticidade – e isto é, efetivamente, necessário para que alcance autonomia como ciência e, principalmente, possa obter “força” a lei e ser legitimado pelos cidadãos –, precisa refletir adequadamente a realidade dos homens a cada momento histórico e determinado de suas condições de existência. Porém, ao fazer esta abstração, a transformação da relação social em norma, levará em seu bojo todas as circunstâncias de poder e objetivações existentes nessas relações sociais. O poder não é criado pela norma; a norma já é reflexa do poder existente nas relações entre os homens enquanto forma de vida. O Direito nunca está acabado!

Quando a norma estipula deveres e obrigações, estes já se encontram materializados na prática da existência social humana. Se temos a impressão de que a norma prescritiva está nos obrigando a fazer algo que não queremos ou achamos injusto, esta impressão advém muito mais do fato de não termos conhecimento da “essência” das coisas, do que de seu poder “inócuo” em ditar regras. O fato de a norma ser “justa” apenas para alguns, o fato da norma não ter a capacidade de acabar com a desigualdade e a exploração do homem pelo homem, o fato do ordenamento jurídico não ter condições por si só de acabar com a violência, advém de que a Filosofia, a doutrina na dimensão propriamente jurídica, que está por detrás da sua feitura, apenas reflete a injustiça, desigualdade e exploração, amoralidades e estéticas perversas de submissão encontradas no seio da própria sociedade, ao nível de sua própria reprodução material existencial.

E assim, também percebemos que a Filosofia usada na confecção da norma, e na cuidadosa organização do Direito como instituição, apenas se incomodou em adequar positivamente o aparato jurídico-político para que essas mesmas condições *nonsense* materiais de reprodução da vida sejam respeitadas a partir dos interesses já existentes. Daí que necessariamente há que perscrutar os caminhos e os elos que as relações sociais de produção engendram nos mecanismos estatais de controle ideológico e repressivo, e que “volta à base” as instituições jurídicas acabam por realizar e fortalecer nas maquinarias dos sistemas hodiernos de controle.

A *práxis* cotidiana dos homens pode e deverá, mais dia menos dia, de muitas formas, transformar as relações sociais de produção, depois as sociais gerais – e as está transformando devido aos avanços das próprias forças produtivas no âmbito das tecnologias cibernéticas, informacionais e telemáticas, às conquistas dos espaços e opções das minorias, ao reconhecimento dos direitos inalienáveis dos homens e das garantias políticas constitucionais dos cidadãos –, em “ocupações” e “coletivos” que inexoravelmente subverterão essa infraestrutura produtiva desumana e a superestrutura como mecanismo de controle, repressão e confinamento punitivos que degradam os homens e desautorizam os sistemas da justiça.

A partir dessas transformações, assim engendradas de “baixo para cima”, novas e promissoras relações sociais definirão os destinos da humanidade, em cada caso particular de forma particular, mas fortalecendo as consciências e autorizando a Filosofia a se voltar e rebelar contra si. A ciência jurídica, o ordenamento jurídico, o Direito, terão que mudar, porque se o não fizerem encontrarão revoluções sociais desestabilizadoras que, de uma forma ou de outra, instaurarão um novo modelo de Estado e um novo conjunto de leis que lhe darão sustentação.

Novas doutrinas, e novas práticas, novas jurisprudências e uma nova hermenêutica da vida e da vida jurídica nos batem à porta a todo o instante. A intervenção humana é fundamental, a ocupação e a coletivização serão doravante mais irrefutáveis e mais admitidas, e a partir de indicadores reais tendem a tomar consciência de sua importância agilizando e facilitando o caminho de resgate consistente rumo aos direitos universais do homem, à sua liberdade e a uma igualdade que desenvolva em

cada sujeito o “sujeito-de-si-mesmo”. Afinal, ainda parece que a luta mais pertinente que a Revolução Francesa nos deixou, e que teima em não ser terminada, principalmente entre aqueles que estão na periferia dos sistemas de mercado globalizados como os mais frágeis, refere-se a este paradigma: “De cada qual, segundo sua capacidade; a cada qual, segundo suas necessidades” (Marx: *Crítica ao Programa de Gotha*, s/d, p. 215).

Neste sentido, o filósofo, o doutrinador, o legislador e o juiz, devem, a um tempo, visualizar as oportunidades concretas de um Direito posto como facilitador, motivador mesmo da justiça social, um “Direito Pedestre”. Isto é possível pela própria dimensão dialética: como o Estado e a lei têm que descer ao mundo real dos homens para exercerem seu papel de ordenamento e controle social, mexendo nas vontades e consciências, pode o Direito, neste “movimento complementar”, possibilitar uma intervenção que vá nesse sentido que dizemos “Direito Pedestre”. O Direito ainda é Filosofia! O que é a Filosofia senão a capacidade de abstrair, dos indicadores da realidade concreta dos homens, explicações de seu ser, de seu passado e seu devir? Principalmente, porque “onde há vontade, ali existe caminho”!

REFERÊNCIAS

- CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia do Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 3ª. ed. São Paulo: MaxLimonad, 1999.
- COMTE, Auguste. *Discurso sobre o Espírito Positivo*. In: COMTE. Os pensadores. 2ª. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 17ª. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2002.
- GURVITCH, George. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Kosmos, 1946.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KOSIK, Karel. *Dialética do Concreto*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.
- LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Difel, 1964.
- MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*. In: Karl Marx & Friedrich Engels – Obras Escolhidas. v. 2. São Paulo: Alfa-Ômega, s/d.
- _____. *Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política*. In: FERNANDES, Florestan (org.). Marx e Engels – História. São Paulo: Ática, 1983.
- SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Jurídica*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Submissão: 13/08/2014

Aprovação: 21/10/2014

RESENHA DO LIVRO ZERO, ZERO, ZERO,
DE ROBERTO SAVIANO

REVIEW OF "ZERO, ZERO, ZERO",
BY ROBERTO SAVIANO

José Geraldo Brito Filomeno

filomeno@uol.com.br

Procurador de Justiça aposentado.

Membro da Academia Paulista de Direito.

SAVIANO, R. *Zero, Zero, Zero*. Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milão, série *Narratori*, 2013, 440 páginas¹.

1. **Do autor** – ROBERTO SAVIANO nasceu em Nápoles, Itália, em 1979. É autor do *best seller* internacionalmente conhecido *Gomorra* (Ed. Mondadori, 2006), e que inspirou filme com o mesmo título, além de ter sido traduzido em mais de cinquenta línguas. Com a Editora Feltrinelli publicou, em 2011, *Vieni via con me*. Desde outubro de 2006 vive sob escolta policial em decorrência das ameaças que tem sofrido dos clãs mafiosos que denunciou.

2. **Do livro** – Trata-se de uma narrativa extremamente realista, crua e seca do crime organizado em todo o mundo, no que concerne ao tráfico internacional de drogas, com destaque para a cocaína.

2.1. No primeiro capítulo, em suma, fala da penetração assustadora do que chama de *polvere bianco* --- o pó branco ---, cujo consumo já assumiu extensão e intensidade epidêmicas. E o que até há cerca de trinta anos ou menos era um produto consumido por uma elite econômica, hoje o é por pessoas de todas as classes sociais, dependendo seu custo de maior ou menor pureza. Relata, ainda, os principais pontos de uma entrevista que teve com um jovem traficante de origem italiana em New York, que lhe abriu as portas para uma pesquisa mais abrangente. Infeliz coincidência ou não, esse jovem pouco tempo depois acabou por perecer num acidente de um carro de luxo italiano que dirigia, acidente esse em circunstâncias não bem esclarecidas.

2.2. Em seguida começa sua impressionante narrativa discriminando os *países atores* envolvidos com o tráfico internacional de cocaína em: *países produtores* (a Colômbia, o maior deles, o Peru, a Bolívia e, em menor escala, no Equador); *países distribuidores-condutores-intermediários* (com seus grupos organizados para a *escala* ou *passagem* da droga como México, Brasil, Paraguai, países africanos, todos com influência direta ou dirigidos pelas máfias italianas, norte-americanas, russas e do leste europeu); e *consumidores* (com destaque para os Estados Unidos e os países da Europa ocidental, mas também espalhados por todo o globo terrestre). Antes, porém, de se tornar a *droga globalizada* por excelência, a cocaína foi precedida da *heroína*, sem se esquecer da *maconha*, obviamente. E o México era o país produtor por excelência. Não de cocaína, mas de ópio, do qual deriva a *heroína*, com vastas plantações de papoula negra. Por razões e mecanismos pouco esclarecidas, porém, o próprio governo mexicano acabou por erradicar efetivamente essas plantações, com certa e inesperada rapidez, abrindo caminho para as gangues mexicanas como poderosas organizações de intermediadores do comércio ilegal de drogas.

2.3. Os capítulos seguintes, em apertada síntese, cuidam das organizações criminosas na Itália, com destaque para a calabresa *N'Drangheta*, seus principais pontos e modos de desembarque da droga proveniente da América Latina, notadamente no porto de Gioia Tauro, suas ligações com as *Famílias Mafiosas* dos Estados

1 Tradução do autor da presente resenha, quando necessário em citações literais.

Unidos, sua liderança no tráfico, e violência praticada por seus membros no sentido de assegurarem esse mesmo tráfico. Trata, igualmente, do crônico processo intimidatório de rivais ou concorrentes, bem como da endêmica corrupção de autoridades em diversos níveis.

2.4. O autor fala, ainda, dos cartéis de Medellín e Cali, na Colômbia, sua ligação com grupos terroristas, e seu aparente desmantelamento, principalmente após ter o governo local permitido a extradição de grandes traficantes aos Estados Unidos, em razão de ser a principal destinação dos enormes carregamentos de cocaína, substituídos, entretanto, por grupos menores mas não menos ferozes e bem organizados, geralmente protegidos por milícias às quais também se opõem outras, a pretexto de combatê-las.

2.5. Concentra-se, também, nas organizações violentíssimas do México, em especial os *Zetas*, e seus arquiinimigos do *Cartel do Golfo*, verdadeiros exércitos particulares e com sicários extremamente cruéis no tratamento de seus opositores, concorrentes, ou simples suspeitos de colocarem em risco as atividades desses traficantes. Os requintes de crueldade são descritos de forma seca, como, por exemplo, a decapitação das vítimas e exposição das cabeças em estacas e muros, não sem antes torturá-las, e o desfazimento de seus corpos mediante o seu *derretimento* em barris especialmente preparados com uma solução de soda cáustica e outros produtos químicos. Trata, igualmente, das gangues mais recentes, como a dos *Maras*, instituída por exilados salvadorenhos nos Estados Unidos em decorrência de crônica guerra civil ali desencadeada por anos a fio, e hodiernamente espalhados nesse país, bem como em toda a América Central, quando do retorno dos exilados.

2.6. As atividades dos africanos não é menos importante para que a droga chegue aos destinos consumidores, tratando o autor dos *mulas*, inclusive, com a deglutição de cápsulas especiais contendo cocaína, ou sacos plásticos inseridos sob a pele de cães, posteriormente mortos para a recuperação das mesmas cápsulas. Cita, ainda, o caso de caminhonetes caras que são carregadas de cocaína especialmente embalada com material impermeável e, posteriormente, precipitadas ao mar de onde é recuperada por barcos.

2.7. Fala, ainda, da verdadeira e sofisticada engenharia de logística empreendida pelos traficantes internacionais, que passa pela utilização de aeronaves planadoras, *homens-projéteis*, catapultados em gaiolas de vime ou de ferro para dentro do território norte-americano, bem como do sofisticado emprego de submarinos para o tráfico entre a América do Sul, do lado do Oceano Pacífico, e as costas do México ou países da América Central, de onde os carregamentos de cocaína partem para a América do Norte por terra ou outros meios de transporte. O meio mais longo, principalmente para a Europa, é feito por meio de contêineres, mediante a corrupção de agentes portuários e alfandegários, e que levam toda a sorte de mercadorias, sem se falar de fundos falsos de malas, aparelhos de ginástica e para a construção civil,

de *mulas*, e outros meios inimagináveis de transporte². Se não embarcada, a droga é acondicionada em dispositivos dotados de superfícies imantadas, que são *coladas* aos cascos e navios com destino à Europa, por intermédio de mergulhadores especialmente recrutados e treinados por agentes a serviço da *NDenghetta* calabresa. Segundo Saviano as apreensões da droga pelas agências de combate ao tráfico internacional, apesar da sofisticação de meios de investigação e grandes investimentos, chegam, quando muito, a 10% (dez por cento) do total que efetivamente atinge aos mercados consumidores em todo o mundo por meio de uma rede bem organizada de tráfico³.

2.8 Saviano destaca, ainda, a participação de mulheres líderes nas organizações, sobretudo, na Colômbia e México, bem como da participação de grupos criminosos russos nesse comércio ilícito.

2.9. O empreendimento criminoso, segundo Saviano, conta, ainda, com um sofisticado e imprescindível sistema de *lavagem de dinheiro* dele decorrente, muitas das vezes envolvendo bancos tidos como tradicionais e relevantes, e que acabaram sendo absorvidos por outros, quando da descoberta dessas manobras, ou, então, simplesmente falindo. Apesar disso, contudo, a *lavagem* do dinheiro advindo do tráfico conta com outros modos criativos e quase imperceptíveis de desmantelamento, além de maciços investimentos e canais de financiamento.

3. **ZERO, ZERO, ZERO** – No capítulo final⁴ Roberto Saviano, desiludido com a impotência das autoridades repressoras ante o tráfico internacional, apesar das inúmeras apreensões levadas a efeito a todo o momento e prisões efetuadas ---, dá o título do livro – *Zero, zero, zero* – de resultados positivos, o que equivaleria ao nosso *enxugamento de gelo frenético mas inútil*, terminando por propor a sempre polêmica *liberalização do consumo das drogas em nível mundial*.

Vejamos na íntegra, o capítulo 19, até para que sirva de reflexão a tantos quantos lidam com esse sem dúvida relevante mister de combate às drogas e ao crime organizado⁵.

2 No porto de Santos, por exemplo, no mês de março de 2014, houve duas grandes apreensões de cocaína em contêineres destinados à Europa, pela Polícia Federal do Brasil, em colaboração com as agências americana e europeia de combate às drogas (cerca de uma tonelada e meia, numa das vezes, e mais de três toneladas numa segunda). A droga estava em mochilas em meio a carregamentos de sacas de café e algodão, e contou com a conivência de funcionários terceirizados no referido porto, na troca de lacres *clonados* que dispensariam nova inspeção pelas autoridades alfandegárias e de exportação.

3 Reportagem transmitida pela Rede Bandeirantes de Rádio e Televisão em 7-4-2014 sobre apreensão de drogas no porto de Santos dá conta de que, segundo levantamentos feitos pela O.N.U., o tráfico de drogas é o mais rentável “negócio” do planeta, ficando em terceiro lugar apenas após o petróleo e o turismo mundiais.

4 Cf. págs. 434-440.

5 Com nossa tradução do italiano original.

19.

000

Olhei o abismo e tornei-me um monstro. Não podia ser de outra maneira. Com uma das mãos descobri a origem da violência; com a outra toquei as raízes da ferocidade. Com um dos olhos observei os alicerces dos edifícios, com um ouvido auscultei o borbulhar dos fluxos financeiros. No começo é um caldeirão escuro, não se vê coisa alguma, apenas um burburinho sob a superfície, como o de um casulo de vermes que se expande para romper a casca. Depois as figuras se compõem, mas é ainda tudo confuso, embronário, sobreposto. Vais adiante, te esforças para recuperar as capacidades dos teus sentidos, te atiras no abismo. A cronologia dos poderes adquire um sentido, o sangue que se dividia em mil filetes, agora flui como em um rio, o dinheiro deixa de flutuar e se põe sobre a terra e podes conta-lo. Tu avanças um pouco mais. Tu te fixas com um pé na margem; agora estás quase suspenso no vazio. E depois ... escuridão. Como no início, mas desta vez não há mais o burburinho, há apenas uma mesa lisa e brilhante, um espelho de piche. E então entendes que passaste para o outro lado, e agora há o abismo que queres olhar dentro de ti. Vasculhar. Dissecar. Aprofundar. O abismo do narcotraficante que olha para dentro de ti é o rito todo compactado reassegurante da indignação. Não é o medo que não tem qualquer sentido. Seria muito fácil: individualizastes um alvo, e agora ele está a golpeá-lo, está a dominar a situação. O abismo do narcotráfico se abre sob um mundo que funciona, que é eficiente, que tem regras. Um mundo dotado de sentido. E então não acreditas mais em ninguém. Os meios de comunicação, a tua família, e teus amigos. Todos contam uma realidade que para ti é falsa. Lentamente tudo ti é estranho e o teu mundo se enche de novos protagonistas. O chefe, os massacres, os processos. Os massacres, as torturas, os cartéis. Os lucros, as ações, os bancos. Traições, suspeição, delações. A cocaína. Conheces apenas a eles, e eles te conhecem, mas isso não significa que aquilo que antes era o teu mundo desapareça. Não. Continuas a viver no meio. Continuas a fazer aquilo que fazias antes, mas agora as perguntas que te fazes provêm do abismo. O empreendedor, o professor, o dirigente. O estudante, o leiteiro, o policial. O amigo, o parente, a namorada. Provêm eles, também, do abismo? E mesmo se são honestos, a quanto se assemelham ao abismo? Não tens a suspeita de que sejam todos corruptos ou mafiosos, é alguma coisa de pior. Vistes no rosto que coisa é o homem e vistes em todos semelhanças com o nojo que conheces. Vê a sombra de cada um.

Tornaram-se um monstro.

Quando tudo que tens ao seu redor começar a rever esse tipo de reflexão. Quando inserires tudo no universo de sentido que construístes observando os poderes do narcotráfico. Quando tudo parecer ter sentido apenas para a outra parte, no abismo. Quando acontecer tudo isso, então te terás tornado um monstro. Berras, sussurras, gritas as tuas verdades, porque tens medo de que de outra forma evanesçam. E tudo aquilo que sempre vistes como felicidade, passear, fazer amor, ficar em fila para um concerto, nadar, torna-se supérfluo. Secundário. Menos importante. Dispensável. Tudo agora te parece inconstante e se vão se não dedicares energia à descoberta, ao registrar, ao narrar. Sacri-

ficastes tudo não só para entender, mas para mostrar, para indicar, para descrever o abismo. Valia a pena? Não. Não vale nunca a pena renunciar a um caminho que te conduza à felicidade. Ainda que pequena. Não vale nunca a pena, não obstante creias que o sacrifício seja recompensado pela história, pela ética, pelos olhares de aprovação. É só um momento. O único sacrifício possível é aquele de que não se espera recompensa. Eu não queria sacrifício, não queria recompensa. Queria entender, escrever, narrar. A todos. Ir de porta em porta, de casa em casa, de noite e de manhã para compartilhar esta história, mostrar essas feridas. Crente de haver escolhido os tons e palavras justas. Isto sim, queria. Mas a ferida dessas histórias me engoliu.

Para mim é muito trade. Teria mantido distância que não consegui vislumbrar. É aquilo que dizem frequentemente os jornalistas anglo-saxões: não te envolvas; ter um olhar equidistante entre ti e o objeto. Nunca o tive. Para mim é o contrário. Exatamente o contrário. Ter um olhar primeiro, para dentro, contaminado. Ser cronista não dos fatos mas da própria alma. E sobre a alma, como sobre a tela, como sobre a argila, imprimir aos objetos e as coisas que se veem, de tal forma que fique um sulco profundo. Mas um sulco que possa ser eliminado rejuntando aquela massa. Recompactando-a. No fim da própria alma permanece uma estrutura que podia assumir mil formas, mas assumiu nenhuma.

Indo atrás das histórias do narcotráfico aprendi a reconhecer o rosto das pessoas. Ou melhor, me convenci disso. Aprendi a saber se alguém foi amado quando criança, se o quiseram bem, se foi amparado, se cresceu com alguém ao lado, ou se foi obrigado a fugir com o rabo entre as pernas sempre. Entendi logo que vida teve. Se foi isolado, surrado, abandonado na rua. Ou se ao invés disso foi viciado até apodrecer no bem estar. Aprendi. E assim aprendi a tirar as medidas. Mas não aprendi a distinguir o mau do bom. Não sabes quem te está prejudicando ou quem te está roubando a alma, quem te está mentindo para ter uma entrevista ou quem te está contando aquilo que pensa querereres ouvir para agradar-te e ser imortalizado pelas tuas palavras. A certeza eu a levo internamente sem muitas tristezas resignadas: ninguém te avizinha senão para obter um favor. Um sorriso é uma maneira para baixar as tuas defesas, uma relação tem o fim de extorquir-te dinheiro ou uma história para contar ao jantar ou uma fotografia para mostrar a alguém como um trunfo. Acaba por raciocinares como um mafioso; fazes da paranoia a tua linha de raciocínio e agradeces ao povo pelo abismo por ter-te ensinado a suspeitar. Lealdade e confiança tornam-se duas palavras desconhecidas e suspeitas. À tua volta tens inimigos ou aproveitadores. Isto é hoje o meu viver. Parabéns a mim mesmo.

É muito fácil acreditar naquilo em que acreditavas no início desse percurso. Acreditar naquilo que dizia Thoreau: 'Não o amor, não o dinheiro, não a fama, dá-me a verdade'. Acreditavas que seguir esses caminhos, aqueles rios, farejar os continentes, imergir as pernas na lama pudesse servir para obter a verdade: renunciar a tudo para ter a verdade. Não funciona assim. Thoreau. Não se a encontra. Por mais que chegues a pensar teres entendido como se movem os mercados, mais te aproximadas das razões de quem corrompe que está perto de ti, de quem faz abrir os restaurantes e fecha os bancos, de quem,

está disposto a morrer pelo dinheiro, mais entendes os mecanismos e mais compreendes que era um caminho diferente do que aquele que deverias ter seguido. Por esse motivo não tenho maior respeito por mim, que vou perquirindo, tomando notas, preenchendo agendas, conservando sabores. Não tenho maior respeito por mim no final de um percurso incapaz de conferir-me felicidade e de compartilhá-la. E talvez não tenha nem mesmo a consciência disso. Sei apenas que não podia fazer outra coisa. E se tivesse agido diferentemente? Se tivesse escolhido a via linear da arte? Uma vida de escritor que alguém definiria puro, por exemplo, com as suas idiossincrasias, as suas psicoses, a sua normalidade. Contar histórias inspiradas. Aprimorar teu estilo e narração. Não o soube fazer. Sucedeu-me a vida de fugitivo, do corredor da história, do multiplicador de relatos. A vida do protegido, do santo herético; do culpado se nutre, do falso de jejua., da hipocrisia se abstém. Sou um monstro, como é monstro qualquer um que se sacrificou por algo que acreditou ser superior. Mas ainda conservo respeito. Respeito por quem lê. Por quem subtrai um tempo importante de sua vida para construir uma vida nova. Nada é mais poderoso que a leitura, ninguém é mais mentiroso de quem afirma que ler um livro é um gesto passivo. Ler, ouvir, estudar, entender é o único modo de construir vida além da vida, vida ao lado da própria vida. Ler é um ato perigoso porque confere forma e dimensão às palavras, as encarna e as divulga em todas as direções. Envolve tudo faz cair dos bolsos do mundo moedas e bilhetes e pó. Conhecer o narcotráfico, conhecer o vínculo entre a racionalidade do mal e do dinheiro, desvendar o véu que obnubila a suposta sabedoria do mundo. Conhecer é começar a mudar. A quem essas histórias comove, não as abandona, sente-as de fato, e as essas pessoas dirijo o meu respeito. Quem sente em si as palavras, quem as sente na pele, quem se constrói um novo vocabulário, está mudando o curso do mundo, porque entendeu como ora está. É como romper as correntes. As palavras são ações, são tecido conectivo. Apenas quem conhece essas histórias pode defender-se dessas histórias. Só quem as conta, ao filho, ao amigo, ao marido, apenas quem as leva aos lugares públicos, aos salões, às salas de aula, está articulando uma possibilidade de resistência. Para quem está só sobre o abismo é como estar em uma jaula, mas se estão em muitos que decidem afrontar o abismo, então as grades daquela cela se derreterão. E uma cela sem grades não é mais uma cela.

No Apocalipse de João se diz ‘Tomei aquele pequeno livro do anjo e comi-o: doce como mel na boca, e nas vísceras se tornou amargo’. Creio que os leitores deveriam fazer isso com as palavras. Colocá-las na boca, mastiga-las, tritura-las e por fim engoli-las, para que a química de que são compostas faça efeito dentro de nós e ilumine a turbulência insuportável da noite, traçando a linha que distingue a felicidade da dor.

Tens como uma sensação de vazio quando as tuas palavras parecem ser valorizadas pela ameaça que assacam, como se tudo aquilo que dizes de repente viesse a ser ouvido apenas por quem se arrisca de levar-te à morte. Acontece o seguinte: sucede que o silêncio sobre estes temas não exista. Existe o burburinho: notícia de agência, processos, o traficante preso. Tudo se torna fisiológico. E quando tudo se torna fisiológico ninguém disso se dá conta.

E assim alguém escreve: escrevendo morre, escrevendo vem de ser ameaçado, escrevendo tropeça. Quando chega a ameaça, parece que por um pouco tempo uma parte do mundo se dá conta daquilo que foi escrito. Depois esquece. A verdade é que não há alternativa. A coca é um carburante. A coca é energia devastadora, terrível, mortal.

O autor, então, começa a tirar suas conclusões, que merece, por isso mesmo, maior destaque.

As prisões parecem não bastar nunca. As políticas de reação parecem sempre errar o objetivo. Por mais que possa parecer terrível, a legalização total das drogas poderia ser a única resposta. Talvez uma resposta horrenda, horrível, angustiante. Mas a única possível para bloquear tudo. Para parar os faturamentos que incham. Para parar a guerra. Ou ao menos é a única resposta que vem dar quando ao final de tudo perguntam-nos: e agora que se faz?

São anos que na minha cabeça cada dia me deixo envolver pelas vozes. As vozes de quem grita a plenos pulmões que o álcool é a substância que faz mais vítimas. São vozes agudas e contundentes, que de tempo em tempo são caladas por outras vozes, que se erguem intrépidas afirmando que sim, certo, o álcool faz mal, mas só se se abusa dele, se o gole de cerveja do sábado à noite se transforma em um hábito, e que há uma bela diferença com a coca. Depois vem o coro daqueles que pensam que a legalização seja um mal menor; no fundo, sugerem as vozes, a coca legal teria até mesmo um controle médico. E então legalizemos os homicídios!, rebate uma voz portentosa, de barítono, que por um instante cala todos. Mas o silêncio dura pouco porque como golpes de estilete chegam as reações grassnadas de quem sustenta que quem se droga no fundo faz mal apenas a si mesmo, e que se vetar a cocaína então é necessário vetar o tabaco, e que se diz que sim, então o Estado é um Estado-traficante, um Estado criminoso. E as armas, então? Não são piores? Ao que uma outra voz ainda --- esta pacata, com uma aparência de sabedoria que se acentua sobre consoantes --- afirma que as armas servem para defender-se, o tabaco pode-se usá-lo com moderação e ... Mas no fundo é um problema ético, e que quem somos nós para limitar com regras e decretos uma escolha pessoal?

Neste ponto as vozes se põem a encavalar e tudo se torna indistinto. A mixórdia de vozes acaba sempre assim. Com o silêncio. E devo partir de novo do começo. Mas estou convencido de que a legalização poderia verdadeiramente ser a solução. Porque vai golpear lá onde a cocaína encontra o seu terreno fértil, na lei econômica da procura e da oferta. Enxugando a demanda, tudo que atrás feneceria com uma flor privada de água. É um risco? E fantasia? O delírio de um monstro? Talvez. Ou talvez não. Talvez seja um outro fragmento do abismo que poucos têm a coragem de afrontar. Para mim a palavra 'narcocapitalismo' tornou-se um bolo que nada faz senão aumentar. Não consigo degluti-lo, cada esforço vai na direção oposta, e me arrisco a morrer sufocado. Todas as palavras que mastigo se aplicam ao bolo, e a massa se expande, como um tumor. Gostaria de coloca-lo para dentro e deixar que seja atacado pelos sucos gástricos. Mas não é possível. E é mesmo inútil porque sei já que encontraria um grãozinho de pó branco. Um grãozinho de cocaína. Por mais

que possa haver polícias e sequestros, a procura por coca será sempre enorme: quanto mais o mundo se torna veloz, mais há coca; mais não é tempo para relatos estáveis, por mudanças reais, mais há coca.

Acalmo-me, deve me acalmar. Me deito, olho para o teto. Colecionei muito nesses anos, dos tetos. Daqueles quase próximos ao nariz que tocas se só levantas o pescoço àqueles longínquos que debes fixar os olhos para entender se são afrescos ou manchas de umidade. Olho para ao teto e imagino o globo inteiro. O mundo é uma massa redonda que fermenta. Fermenta através do petróleo. Fermenta através do comércio. Fermenta através do gás. Fermenta através da web. Suprimidos esses ingredientes, há o risco de fenecer, decrescer. Mas há um ingrediente mais veloz de todos e que todos querem. É a coca. Um ingrediente sem o qual não poderia existir qualquer massa. Exatamente como a farinha. E não uma farinha qualquer. Uma farinha de qualidade. A melhor qualidade de farinha: 000.

4. O Efeito Balão – Sob esse título, o médico Dr. DRAUZIO VARELLA publicou no jornal Folha de S. Paulo artigo versando sobre os mesmos fatos aqui sumariados⁶.

Referindo-se a três reportagens da revista *The Economist*, que resume e comenta, parte do pressuposto de que todas as medidas adotadas em todo o mundo no combate ao tráfico de drogas são inúteis e ineficientes. Desta forma, chamada de *efeito balão* a circunstância de se *apertar* em alguns lugares com maior intensidade e energia esse comércio ilícito que, todavia, teimosamente sobrevive e reaparece em outros lugares.

Assim:

Com a ajuda bilionária dos Estados Unidos, o cerco ao plantio de coca na Colômbia, conduzido nos anos 1990 a 2000, reduziu a produção no país. Graças ao efeito balão, no entanto, as plantações se deslocaram para a Bolívia e Peru, o maior produtor atual. Pelo mesmo efeito, os laboratórios de refino foram transferidos para Equador e Venezuela, mudança que permitiu às quadrilhas mexicanas conquistar parte substancial do mercado americano e europeu. Por sua vez, a repressão sangrenta contra as gangues mexicanas dos últimos anos desviou a rota para a América Central. Honduras se tornou a porta de entrada para os aviões pequenos, de onde os carregamentos seguem por via terrestre na direção do México e Estados Unidos. A Honduras de hoje convive com o índice de homicídios mais alto do mundo. No ano passado, a pressão sobre os hondurenhos cortou 30% das aterrissagens clandestinas. Os traficantes encontraram mais facilidade de transporte por barcos que aportem da Venezuela para aportar na República Dominicana, Trinidad e Jamaica. Atacar as quadrilhas num país não causa apenas derramamento de sangue no local, as mortes são exportadas para outras regiões. A repressão na Colômbia é responsável por metade dos assassinatos no México. O impacto das apreensões é contraditório: a oferta diminui e o preço aumenta, oportunidade que atrai bandidos

6 Edição de 31-5-2014, Ilustrada, p. E-19.

mais violentos. É ilusão imaginar que a prisão dos barões da droga desarticula o mercado. Eles são homens experientes, disposto a resolver conflitos na mesa de negociações, enquanto os mais jovens que disputarão seus lugares tentarão fazê-lo dizimando os concorrentes. Quando uma quadrilha domina as demais, seu poder de corromper e de intimidar a população é tão grande que fica difícil desalojá-la. Mesmo se for eliminada, os armamentos deixados para trás e a rede de corrupção organizada persistirão por muito tempo.

4.1 Drogas sintéticas. O articulista se refere, ainda, a drogas sintéticas, que têm obtido cada vez mais aumento de mercado, não obstante o enorme esforço das autoridades europeias e norte-americanas nas campanhas educativas e da cada vez mais baixa qualidade das drogas, sobretudo, a cocaína e a heroína. Assim: *Fenômeno semelhante talvez esteja acontecendo no Brasil. Não há razões para otimismo, no entanto: as drogas sintéticas invadiram o mercado. Segundo o último relatório do 'Office on Drugs and Crime', da ONU, surgiram 348 novas drogas psicoativas, quase todas no período de 2008 a 2013.*

4.2 Conclusão. Assim como ROBERTO SAVIANO, o médico DRAUZIO VARELLA é, embora com clara e evidente contrariedade, pela descriminalização da produção e distribuição de drogas em geral, mas com ressalvas.

Com efeito, assevera que:

Na impossibilidade de dar fim às drogas, a única justificativa para insistir na guerra contra traficantes e usuários é a de reduzir a oferta para aumentar o preço no varejo, com a intenção de reduzir o consumo. É uma pretensão simplista com resultados pífios: apesar dos custos sociais, da violência urbana, das cadeias abarrotadas e dos bilhões de dólares investidos, o consumo cresce no mundo inteiro. O que falta para nos convenceremos de que esse modelo de enfrentamento é ridículo, caro e ineficiente? Legalizar, não significa liberar o consumo indiscriminadamente. É desenvolver estratégias para discipliná-lo, ajudar os usuários que desejam se livrar da dependência e tirar o poder das mãos dos criminosos.

Eis aí, por conseguinte, um material que, sem fazermos qualquer juízo de valor ou desde logo expremirmos uma opinião a favor ou contrária a essas duas pretensões, pode ser ponto de reflexão e de partida para uma futura adoção de medidas mais eficientes, audazes e menos custosas, sobretudo, em vidas humanas, na diminuição da droga adição.

NORMAS DE SUBMISSÃO

Submissões on-line

A submissão de artigos científicos ou resenhas deverá ser feita por meio do sítio eletrônico da Revista Jurídica, acessível no seguinte endereço: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/index . Os artigos serão avaliados por meio do sistema conhecido como *blind peer review*, cabendo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica a decisão sobre sua publicação.

Diretrizes para autores

- 1) O artigo ou resenha deve ser inédito.
- 2) O texto deve estar em conformidade com as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
- 3) O texto não deve fazer menção ao nome dos autores em nenhum momento, de forma a garantir o anonimato necessário à avaliação pelo sistema “blind peer review”.
- 4) Os artigos científicos devem ser organizados na seguinte sequência: título, título em inglês, resumo (de, no máximo, 300 palavras), resumo em inglês, palavras chave (mínimo de 3 e máximo de 5), palavras chave em inglês, texto do artigo dividido em tópicos, referências bibliográficas, anexos.
- 5) Os artigos científicos devem possuir entre 15 e 30 páginas, sendo estruturados na seguinte formatação: folha A4, posição vertical; fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaçamento entre linhas de 1,5cm; parágrafo de 1,5 cm; margem superior e esquerda de 3 cm, e inferior e direita de 2 cm.
- 6) As resenhas devem ser organizadas na seguinte sequência: título, título em inglês, título da obra ou decisão resenhada, título da obra ou decisão resenhada em inglês, texto da resenha, referências bibliográficas (se houver), anexos (no caso da resenha de decisão jurídica, a mesma deve ser apresentada).
- 7) As resenhas devem possuir entre 5 e 10 páginas, sendo estruturadas na mesma formatação descrita no item “5”.

Cessão de direitos autorais

Ao submeter o trabalho para avaliação, os autores concordam com a cessão dos seus direitos autorais para o Ministério Público do Estado de São Paulo.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

