

REVISTA DE
DIREITO

DA DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

28



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública - RJ

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DE
DIREITO

DA DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

28

Rev. Dir. Def. Públ. Rio de Janeiro
Ano 27 | Nº 28
p. 01 a 468 | 2018



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública - RJ



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública - RJ

EDIÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(CEJUR)

AVENIDA MARECHAL CÂMARA,
Nº 314, 3º ANDAR, CENTRO, RIO
DE JANEIRO-RJ, CEP 20.020-080

EQUIPE CEJUR

José Augusto Garcia de Sousa
Diretor Geral

Adriana Silva de Britto
Diretora de Capacitação

Adriano Esposito Monteiro
Colaborador

Antonio Gonçalves
Assistente (Biblioteca)

Leandra Bernardina da Silva Vieira
Assistente (Biblioteca)

Luciana Tubino Morand
Técnica Média

Michele Cristina Soares Silveira
Técnica Média

Miranilza Maria Biba Mariano
Bibliotecária

Pedro Ferreira
Assistente (Biblioteca)

Raissa de Araujo Teixeira
Assistente

Roberta Bacha de Almeida
Técnica Superior

**OS CONCEITOS E OPINIÕES EMITIDOS NOS TRABALHOS QUE SE
SEGUEM SÃO DA INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS SEUS AUTORES.**

IMPRESSO NO BRASIL.

A REVISTA TAMBÉM ESTÁ DISPONÍVEL *ON-LINE*.

© 2018 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial desta publicação sem o prévio
consentimento, por escrito, da Defensoria Pública.

Catálogo na Publicação (CIP)
Biblioteca Defensor Público Mário José Bagueira Leal

Revista de Direito da Defensoria Pública
Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro – v. 27, n. 28 –
Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2018.

468 p.

Anual.
ISSN. 1981-1950.

Direito – Periódico. I. Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública

CDDir: 340.5



CONSELHO EDITORIAL

ANA PAULA DE BARCELLOS

Professora de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

CAROLINA DZIMIDAS HABER

Diretora de Estudos e Pesquisa de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO

Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Professor de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

MARIA TEREZA SADEK

Professora da Universidade de São Paulo (USP)

CINTHIA RODRIGUES DE MENESCAL PALHARES

Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro (indicada pela ADPERJ)

CINTIA REGINA GUEDES

Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro

CLEBER FRANCISCO ALVES

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

DENIS ANDRADE SAMPAIO JÚNIOR

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

ELISA COSTA CRUZ

Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

GUSTAVO AUGUSTO SOARES REIS

Defensor Público no Estado de São Paulo

JAIRO DE MORAES BARRETO

Servidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

JOSÉ AURÉLIO DE ARAÚJO

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro (indicado pela ADPERJ)

LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO

Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro

MARINA WANDERLEY VILAR DE CARVALHO

Servidora da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

RENAN VINÍCIUS SOTTO MAYOR

Defensor Público Federal

TIAGO ABUD DA FONSECA

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANDRÉ LUIZ MACHADO DE CASTRO

Defensor Público Geral do Estado

DENIS DE OLIVEIRA PRAÇA

1º Subdefensor Público Geral do Estado

RODRIGO BAPTISTA PACHECO

2º Subdefensor Público Geral do Estado

PALOMA ARAÚJO LAMEGO

Chefe de Gabinete

ELIANE MARIA BARREIROS AINA

Corregedora Geral

**LINCOLN CESAR DE QUEIROZ
LAMELLAS**

Subcorregedor Geral

**MARCIA CRISTINA CARVALHO
FERNANDES**

Secretária Geral

PEDRO DANIEL STROZENBERG

Ouvidor Geral

ODIN BONIFÁCIO MACHADO

Subouvidor Geral

SUMÁRIO

Apresentação	10
DOCTRINA	13
DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS	13
A Defensoria Pública na prevenção e no combate à tortura <i>Fábio Amado</i>	14
Continuidades democráticas: da escravidão ao encarceramento <i>Fernando Henrique Cardoso Neves</i>	40
Lei de cotas nas universidades e institutos federais: materialização do princípio da igualdade substancial no sistema educacional brasileiro <i>Gustavo Torquato Sousa</i>	56
O direito ao nome e o direito fundamental à identidade indígena <i>Johny Fernandes Giffoni</i>	88
Pessoas em situação de rua e o papel da Defensoria Pública na criação de “brechas do possível” <i>Juliana Achilles Guedes</i>	113
Discriminação interseccional e responsabilidade do Estado à luz do caso Alyne Pimentel: uma abordagem de direitos humanos <i>Tatiana Pessoa da Silveira Santos Lardosa</i>	128
INSTITUCIONAL	145
O Estado e a mídia como agentes deslegitimadores das reivindicações sociais e a importância de a Defensoria Pública posicionar-se em defesa das lutas populares <i>Clara Welma Florentino e Silva</i>	146
Atuação estratégica defensorial <i>Daniella Vitagliano</i>	164
As prerrogativas processuais da Defensoria Pública sob a ótica dos direitos fundamentais <i>Vanessa Maria de Miranda Pontes</i>	175

CONSTITUCIONAL/DIREITO PÚBLICO	191
Ministrocracia - O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro <i>Diego Werneck Arguelhes</i> <i>Leandro Molhano Ribeiro</i>	192
Da concordância prática ao ativismo judicial: papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do direito de greve dos servidores públicos e à assistência jurídica integral e gratuita no Estado de Santa Catarina, tornando-os realidade <i>Ruy Walter d'Almeida Junior</i>	213
Desaposentação: debates e a Lei 13.183/2015 como dispensa do fator previdenciário pela reaposentação <i>Thiago Luiz Amério Ney Almeida</i>	240
CIVIL, CONSUMIDOR E PROCESSO CIVIL	261
A reunião de ações coletivas <i>Ana Carolina Valverde Freixo</i> <i>Felippe Borring Rocha</i> <i>Juliana Kozlowski Miguez</i> <i>Maysa Vargas Lopes</i> <i>Thiago Dias Delfino Cabral</i>	262
O <i>amicus curiae</i> no novo Código de Processo Civil <i>Antonio do Passo Cabral</i>	285
O incidente de resolução de demandas repetitivas e o papel da Defensoria Pública como porta-voz dos direitos dos litigantes individuais na formação da tese jurídica vinculante <i>Cintia Regina Guedes</i>	304
A condução do veículo coletivo e os desafios da justiça para todos <i>Pedro Fortes</i>	317

PENAL, PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL 339

Monitoramento eletrônico: instrumento desencarcerador
ou reforço punitivo? 340
Allison Matheus Scapin

Os objetivos da execução penal e as penas privativas de
liberdade de curta duração 362
Johnathan de Barros Soares

Retrocesso e seletividade do cárcere: a ineficácia da
redução da maioria penal no combate à criminalidade 372
Tatiana Ribeiro Lago

PEÇAS PROCESSUAIS 395

Conflito de competência com pedido de instauração de
incidente de assunção de competência 396
Adolfo Filgueiras Etienne

Requerimento de assunção ao polo ativo de ação civil
pública pela Defensoria Pública 406
Beatriz Carvalho de Araujo Cunha

O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio como
limite constitucional à persecução penal pelo crime de
tráfico de drogas 428
Mariana Castro de Matos

Impossibilidade de decretação da prisão preventiva
automática após a condenação na sessão plenária do
Tribunal do Júri, quando o réu respondeu todo o processo
na condição de solto 447
Michele de Menezes Leite



APRESENTAÇÃO

“(...) a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.”

Há exatos 70 anos, em dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas anunciou a célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tantos movimentos e lutas inspirou e inspira no mundo todo.

O compromisso da Defensoria Pública com a efetivação dos direitos humanos é genético, visceral, e está gravado no art. 134 da nossa Constituição da República. Pode-se dizer mesmo que esse compromisso consiste no motor precípua do agir institucional, ainda que isso implique adotar, muitas vezes, posturas francamente contramajoritárias.

A *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro* nº 28, que tenho a alegria de apresentar, mostra-se especialmente sintonizada com a celebração das sete décadas da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Na seção primeira da Revista, consagrada exatamente aos direitos humanos/fundamentais, tal temática aparece de modo caudaloso, explorando-se várias das suas vertentes. Vale fazer, a propósito, uma breve resenha.

Inicialmente, Fábio Amado, Coordenador do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, depois de constatar a persistência da tortura no cenário brasileiro, bem como de tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos, aponta caminhos práticos e estratégias de atuação, para a Defensoria, em prol da prevenção e do combate à tortura.

Em “Continuidades democráticas: da escravidão ao encarceramento”, Fernando Henrique Cardoso Neves sustenta, a partir da nefanda realidade das prisões brasileiras, que esse quadro, à luz de uma perspectiva histórica, apresenta-se “não só como *continuidade* de todo um regime altamente violento e autoritário, mas também como *ruptura* de uma narrativa que dava conta de uma superação humanística no decorrer da história.”

Gustavo Torquato de Sousa estuda diversos aspectos da Lei nº 12.711/2012, que trata do sistema de cotas nas instituições federais de ensino superior, findando seu artigo por remarcar a compatibilidade formal e material da Lei com a Constituição brasileira.

O ensaio de Johny Fernandes Giffoni ilumina tema pouco versado: o direito ao nome e à identidade indígenas. Como bem afirma o autor, “Muito se discute sobre o direito à propriedade dos povos tradicionais, porém ainda é modesta a produção jurídica a respeito da garantia ao direito à diferenciação social na seara dos direitos indígenas e no âmbito do Poder Judiciário em matérias como o direito ao nome e o direito ao registro civil, de acordo com as convenções sociais de cada etnia.”

Juliana Achilles Guedes dedica-se, no seu texto, ao trabalho da Defensoria Pública voltado para as pessoas em situação de rua, na criação de “brechas do possível”. Ela conclui que, dentre as instituições do sistema de Justiça, a Defensoria, em virtude do contato diário que mantém com a população que está nas ruas, é a que se mostra mais capacitada à tarefa de “traduzir” a dura realidade concreta dessas pessoas para as instâncias decisórias.

Fechando a seção da *Revista* atinente aos direitos humanos/fundamentais, Tatiana Pessoa da Silveira Santos Lardosa cuida do emblemático Caso Alyne Pimentel, que envolveu a morte materna – evitável – de mulher pobre e afrodescendente. O ensaio demonstra como pode ser proveitosa uma abordagem de direitos humanos para a área de saúde, levando-se em conta sobretudo a questão da discriminação interseccional.

Não se deixe de salientar que igualmente ricas estão as demais seções da *Revista* nº 28. Temas de grande interesse para a Defensoria Pública e para o acesso substancial à justiça são investigados, como é o caso, ilustrativamente, do *amicus curiae*, do incidente de resolução de demandas repetitivas, das ações coletivas e do monitoramento eletrônico na área penal.

Ao todo, são 19 artigos doutrinários e 4 peças processuais, incluindo-se entre os primeiros o trabalho vencedor do *Prêmio Fabiano de Carvalho Oliveira* para estagiários, da autoria de Johnathan de Barros Soares, e ainda 3 ensaios assinados por juristas convidados a participar, quais sejam, Antonio do Passo Cabral, Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (em coautoria) e Pedro Fortes.

Sucinta que seja esta apresentação, já está mais do que abonado o conteúdo da *Revista* nº 28. Só me resta desejar, a todas e todos, uma excelente leitura.

Rio de Janeiro, dezembro de 2018.

André Luís Machado de Castro

Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro



DOCTRINA

*DIREITOS
HUMANOS /
FUNDAMENTAIS*

A DEFENSORIA PÚBLICA NA PREVENÇÃO E NO COMBATE À TORTURA

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE PREVENTING AND COMBATING TORTURE

Fábio Amado

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DPE/RJ. Ex-Coordenador da Comissão de Direitos Humanos do CONDEGE (Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais). Mestre em Direito pela UERJ. fabioamado@icloud.com

Resumo: Este artigo busca demonstrar a persistência da tortura e de tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos no cenário brasileiro. Como frutos da tradição histórica escravocrata de uma sociedade ainda de baixa densidade democrática e marcada por relações de profunda assimetria, tais práticas aviltantes são aceitas de modo crescente, máxime quando perpetradas contra negros, pobres, imigrantes e pessoas privadas de liberdade. Os tratados de direitos humanos e a jurisprudência internacional a respeito da tortura são esmiuçados, bem como a disciplina legislativa interna. Ao fim, aponta-se o papel da Defensoria na prevenção e no combate à tortura com o delineamento de caminhos práticos e estratégias de atuação institucional.

Palavras-chave: Tortura. Desigualdade. Defensoria Pública. Prevenção e Combate.

Abstract: This article seeks to demonstrate that torture and inhuman, cruel and degrading treatment or punishment are still widely practiced in Brazil. As a product of the historic slave-owning society tradition and its low density democracy, marked by substantial asymmetry, these degrading practices have been increasingly accepted, mostly when used against black people, poor people, immigrants and persons deprived of liberty. The Human Treaties and the decisions of International Courts and Bodies over torture are presented, as well the domestic legislation. Finally, the Public Defender's office role in the prevention and combat of torture and some practical actions and strategies are outlined.

Keywords: Torture. Inequality. Public Defender's Office. Prevention and Combat.

A "vida indigna de ser vivida" não é, com toda evidência, um conceito ético que concerne às expectativas e legítimos desejos do indivíduo: é, sobretudo, um conceito político, no qual está em questão a extrema metamorfose da vida matável [...]

GIORGIO AGAMBEN¹

¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 148-149.

INTRODUÇÃO

Grassa no Brasil, de forma velada, uma política de convivência com a tortura,² especialmente quando praticada contra pessoas excluídas do meio social e em situação de vulnerabilidade.³

A desigualdade estruturante brasileira e a profunda concentração de renda ampliam o abismo no tecido social, e a dignidade dos indivíduos passa a ser valorada de acordo com sua classe econômica, raça, etnia e religião. Essa falsa percepção do conceito de dignidade, o aumento da violência e o açodado julgamento alheio levam à categorização de alguns seres humanos como menos dignos e, por consequência, alicerçam a reprochável aceitação da tortura e de outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos por parte de larga parcela da sociedade, sobretudo quando perpetrados contra negros, pobres, imigrantes e pessoas em situação de privação de liberdade, segmentos mais propensos também à sanha persecutória penal do Estado.

Essa perigosa tolerância com práticas aviltantes estimula a sua expansão e a sua realização de modo sistemático e generalizado nas unidades prisionais e nos centros voltados a adolescentes em conflito com a lei, sob o pretexto silencioso de produção de corpos dóceis, na inspirada expressão foucaultiana.⁴ Não raro, condutas desse jaez são levadas a cabo antes da chegada efetiva do conduzido ao local de encarceramento, seja no momento da prisão-captura, seja na colheita dos interrogatórios realizados em delegacias.

Historicamente, a escolha das vidas indignas e, por isso, torturáveis tem variado em função de diversos fatores.

Diante da pujante normativa internacional de combate à tortura e a democratização de diversos Estados, a seleção das vítimas, antes pessoas contrárias aos regimes ditatoriais em vigor, passou a recair sobre os mais vulneráveis. Christopher Einolf, em *The fall and rise of torture: a comparative and historical analysis*, destaca que:

A ascensão das normas de direitos humanos e o crescimento do número de estados democráticos liberais tiveram um impacto significativo na redução da tortura. Democracias liberais por vezes se engajam na tortura, mas com frequência muitas vezes menor que outros Estados, e quase nunca empregam a tortura contra seus próprios cidadãos. Quando se engajam na tortura, empregam-na sobretudo contra não-cidadãos e sob condições de extremo perigo, como em resposta a ataques terroristas.⁵

² A prática abjeta de aplicação intencional de extremo sofrimento físico e psicológico contra pessoas indefesas é combatida, ao menos, desde Beccaria.

³ Na temática do acesso à justiça, consideram-se em condição de vulnerabilidade, segundo as 100 Regras de Brasília, as pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de Justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico (capítulo I, seção 2).

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1993.

⁵ *Sociological Theory*, v. 25, n. 2, June, p. 101-121 *apud* ALVAREZ, Marcos César. Tortura, história e sociedade: algumas reflexões. *Revista IBCCRIM*, 72, 2008, p. 288.

Àqueles não considerados cidadãos, seja sob o ângulo socioeconômico, seja sob o fundamento de terem nascido no exterior, seja por outro aspecto de não compartilhamento identitário, tornaram-se objeto da ação torturante do Estado.

A Defensoria Pública, instituição autônoma constitucionalmente vocacionada à promoção de direitos humanos, erige-se como significativo instrumento contramajoritário de prevenção e combate à tortura, hábil a enfrentar essa prática e a chancela escamoteada de parte da sociedade e de membros da estrutura repressiva/punitiva estatal a esses atos.

A despeito da urgência, permanece ainda pouco explorado, no campo teórico e prático, o relevante papel passível de ser desempenhado pela instituição. Algumas potencialidades serão esboçadas nesse breve escrito, que ambiciona estimular o aumento do debate, da articulação e a proliferação de ações estratégicas dos defensores públicos estaduais e federais nessa seara, diante do atual contexto nefasto de crescente legitimação social da tortura e de retrocesso de conquistas civilizatórias.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DESIGUALDADE E TORTURA

Na atualidade, a dignidade humana se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no mundo.⁶ Qualquer prática opressiva, atentatória à dignidade de um ser e contrária ao sentimento constitucional de justiça e inclusão deve ser repelida de modo célere, já que, pela simples razão de sua humanidade, todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais.⁷

A dificuldade nacional de prevenção e combate à tortura, entretanto, sustenta-se, em larga medida, sobre o pilar da cultura brasileira, hierarquicamente marcada por práticas assimétricas e por violências materiais e simbólicas.

O professor Oscar Vilhena,⁸ com olhos atilados, esclarece que a duradoura exclusão social e econômica “destrói a imparcialidade da lei, causando a invisibilidade dos extremamente pobres, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados”. Sobre a demonização, Vilhena explica que se trata do processo pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus inimigos e, por consequência, o esforço para eliminá-los ou lhes causar danos é socialmente legitimado e juridicamente imune.

A demonização das pessoas negras, pobres, imigrantes e privadas de liberdade conforma essa consciência coletiva estamental que legitima a perpetuação das práticas abjetas de tortura a partir do menoscabo da dignidade humana desses segmentos.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 14.

⁷ Sobre a universalidade dos direitos humanos, v., por todos, CANÇADO TRINDADE. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*. Porto Alegre: Safe, 2003, vol. III, p. 301-403.

⁸ VIERIA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de direito. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

Diante desse quadro, os conceitos kantianos sobre a dignidade humana podem servir como seguros vetores de orientação e interpretação desse fenômeno de demonização e escárnio da humanidade dos grupos em situação de profunda vulnerabilidade.

Nas linhas do ministro Barroso, o edifício de Kant sobre a dignidade pode ser sinteticamente condensado com as seguintes proposições:

[...] a conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.⁹

A perpetração da tortura, portanto, especialmente com a finalidade de obter informações para a investigação criminal, configura lesão frontal à construção kantiana de dignidade intrínseca da pessoa humana que não pode ser um meio para a obtenção de um determinado fim (e.g., informações sobre coautores de uma infração). Enquanto um fim em si mesmo e não passível de servir como instrumento para obter declaração ou confissão, qualquer ato dessa natureza viola, em essência, a dignidade humana.

A definição do conceito de dignidade não é tarefa simples, tampouco consensual entre os mais renomados autores. Segundo Daniel Sarmiento,¹⁰ ela envolve quatro componentes fundamentais: valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento intersubjetivo. Suas relevantes funções são inúmeras, a saber: fundamento moral do Estado e do direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para a ponderação de interesses, parâmetro de validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados na Constituição.

Barroso¹¹ por sua vez, entende que a melhor maneira de classificar a dignidade humana é como princípio jurídico com *status* constitucional, e não como direito autônomo, e pontua: “Como valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”.

A respeito da relação entre a dignidade humana e os direitos humanos, o professor da UERJ aduz que são intimamente relacionados, como as duas

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 72.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 98-99.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 64.

faces de uma moeda, as duas faces de Jano.¹² Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o direito, contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de direito ou, como assinalado por Jürgen Habermas,¹³ “uma fusão do conteúdo moral com o poder de coerção do direito”.

A par do vilipêndio à dignidade dos segmentos demonizados pela sociedade, a profunda desigualdade entre as classes sociais é fator primordial na manutenção dessa tolerância em face de atos cruéis, desumanos ou degradantes e na expansão de sua prática.

A assimetria social no Brasil não se restringe à elevada concentração de renda, mas se deixa permear por critérios de raça, etnia, origem, classe e gênero. O estigma carregado pelos seres humanos que compõem qualquer desses grupos os torna mais sujeitos à violência, ao desrespeito e à falta de consideração pública e privada. As vulnerabilidades produzem párias, não sujeitos, não cidadãos, invisíveis, inaudíveis e os sem-nome, subjetividades não representadas nacionais e supranacionais, que passam à margem do debate universalistas *versus* multiculturalistas.¹⁴

A tortura radica, portanto, de modo profundo na desigualdade estruturante nacional e no não reconhecimento da dignidade humana dos segmentos tidos como demonizados.¹⁵

Embora, como qualquer princípio, a dignidade da pessoa humana não ostente caráter absoluto e se sujeite também a eventuais ponderações, a sua concretização na modalidade de vedação da tortura não admite qualquer restrição ou sopesamento.¹⁶ Exatamente em razão da dignidade inerente a todo ser humano, a vedação da tortura é absoluta e inafastável sob qualquer circunstância.

2. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A TORTURA

A globalização do direito é uma característica essencial do mundo moderno que promove, no seu atual estágio, a confluência entre direito constitucional, direito internacional e direitos humanos.¹⁷

¹² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75.

¹³ HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, n. 41, p. 479, 2010.

¹⁴ CUNHA, José Ricardo; ASSY, Bethania. *Teoria do direito e o sujeito da injustiça social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 221.

¹⁵ A Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1975, corrobora a tese aqui sustentada ao dispor, em seu art. 2º, que “todo ato de tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante constitui uma ofensa à dignidade humana e será condenado como violação dos propósitos da Carta das Nações Unidas e dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos”.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 99.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 11.

Hoje, amiúde, produzem-se textos de direito constitucional internacional e de direito internacional constitucional, havendo zonas de confluência tão evidentes entre o direito constitucional e o direito internacional que se revela tarefa difícil especificar limites estanques a cada ramo jurídico sem indicar porções tangentes ou secantes.

Os dispositivos internacionais de proibição e punição da tortura e de outros tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes são normas de *jus cogens*, inderrogáveis, imperativas e oponíveis *erga omnes*. Essa vedação faz parte dos denominados *core rights*, que não admitem suspensão ou derrogação mesmo em situação de conflitos armados, graves distúrbios internos ou qualquer circunstância excepcional.

Como a tortura viola o direito internacional, está sujeita à jurisdição compulsória universal, devendo ser punido o agente, independentemente do território onde ocorreu a violação e da nacionalidade do torturador e da vítima.¹⁸

Faz-se importante conhecer os principais tratados e declarações internacionais que disciplinam o enfrentamento à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, a fim de saber manejá-los tanto no âmbito interno na exigência de realização do controle de convencionalidade quanto na atuação em cortes internacionais e órgãos de tratados.

De início, por critério cronológico, cita-se a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada em 9 de dezembro de 1975, que assim conceitua a tortura em seu art. 1º, § 1º:

Sob os efeitos da presente declaração, será entendido por tortura todo ato pelo qual um funcionário público, ou outra pessoa a seu poder, inflija intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos graves, sendo eles físicos ou mentais, com o fim de obter dela ou de um terceiro informação ou uma confissão, de castigá-la por um ato que tenha cometido ou seja suspeita de que tenha cometido, ou de intimidar a essa pessoa ou a outras.¹⁹

A Declaração veda expressamente, em seu art. 3º, a invocação de circunstâncias excepcionais como justificativa da tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, como: estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública. O direito a exame imparcial do caso e o dever das autoridades competentes de proceder de ofício e com presteza à investigação estão consagrados nos arts. 8º e 9º. Já o direito à vítima de reparação e indenização e a vedação de emprego

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 285.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administracao-da-Justica-A7a.-Protecao-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Protecao-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-sobre-a-protecao-de-todas-as-pessoas-contra-a-tortura-ou-outros-tratamentos-ou-penas-cruéis-desuma.html>>. Acesso em: 30 ago. 2107.

como prova de qualquer declaração que tenha sido obtida sob o efeito da tortura ou qualquer outro tratamento cruel, desumano ou degradante estão consagrados em seus arts. 11 e 12.²⁰

A festejada Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 5º, dispõe que “ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, reza, em seu art. 7º, que “ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

A Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, a seu turno, designa como tortura em seu art. 1º:

[...] qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Por esse texto fundamental, extraem-se três elementos caracterizadores desses atos vis:

- a) Natureza do ato: ação/omissão que inflija dores ou sofrimentos graves, físicos ou mentais;
- b) Dolo do agente, que age de modo intencional;
- c) Finalidade: (i) obter confissão ou informação; (ii) aplicar castigo; (iii) promover intimidação/coação; e (iv) qualquer razão fundada em discriminação.

²⁰ Art. 3º. Nenhum Estado poderá tolerar a tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais tais como estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificativa da tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Art. 8º. Toda pessoa que alegue que tenha sido submetida a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, por um funcionário público ou à instigação do mesmo, terá direito a que seu caso seja examinado imparcialmente pelas autoridades competentes do Estado interessado.

Art. 9º. Sempre que tenha motivos razoáveis para acreditar que se tenha cometido um ato de tortura tal como está definido no “artigo 1º”, as autoridades competentes do Estado interessado procederão de ofício e com presteza a uma investigação imparcial.

Art. 11. Quando seja demonstrado que um ato de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes tenham sido cometidos por um funcionário público ou à instigação deste, será concedida à vítima reparação e indenização, de conformidade com a legislação nacional.

Art. 12. Nenhuma declaração, em que se prove que esta tenha sido pronunciada sob o efeito da tortura ou qualquer outro tratamento cruel, desumano ou degradante, poderá ser invocada como prova contra a pessoa envolvida nem contra nenhuma outra pessoa em qualquer procedimento.

O servidor público, no exercício de suas funções, pode responder por ação ou omissão, como autor ou partícipe. Particulares, na terminologia estabelecida pela normativa internacional, podem perpetrar os delitos nas hipóteses de consentimento ou aquiescência do agente estatal.

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, da ONU, preceitua como absoluta a proibição da tortura, e a ameaça ou o estado de guerra, instabilidade política ou qualquer outra circunstância emergencial não autorizam sua perpetração.²¹

A imprestabilidade de qualquer declaração colhida sob tortura, salvo no processo deflagrado para apurar o próprio ato de tortura, é expressamente consagrada no texto internacional.²²

O Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes estabelece um mecanismo de visitas e inspeções independentes a locais de privação de liberdade, instituindo o Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes,²³ e o compromisso dos Estados de designar ou estabelecer mecanismos preventivos nacionais, órgãos de monitoramento *in loco*, dotados de independência funcional.²⁴

Em tratados setoriais voltados a grupos específicos que apresentam algum grau de vulnerabilidade, também se encontram dispositivos que proscrevem a tortura. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, por exemplo, estatui:

Art. 15 – Prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

1. Nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em especial, nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento.

²¹ Art. 2º, 2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para tortura.

²² Art. 15. Cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada.

²³ Art. 2º.1. Um Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura (doravante denominado Subcomitê de Prevenção) deverá ser estabelecido e desempenhar as funções definidas no presente Protocolo.

²⁴ Art. 3º. Cada Estado-Parte deverá designar ou manter em nível doméstico um ou mais órgãos de visita encarregados da prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (doravante denominados mecanismos preventivos nacionais).

Art. 17. Cada Estado-Parte deverá manter, designar ou estabelecer, dentro de um ano da entrada em vigor do presente Protocolo ou de sua ratificação ou adesão, um ou mais mecanismos preventivos nacionais independentes para a prevenção da tortura em nível doméstico. Mecanismos estabelecidos através de unidades descentralizadas poderão ser designados como mecanismos preventivos nacionais para os fins do presente Protocolo se estiverem em conformidade com suas disposições.

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas efetivas de natureza legislativa, administrativa, judicial ou outra para evitar que pessoas com deficiência, do mesmo modo que as demais pessoas, sejam submetidas à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Verifica-se no texto a específica proibição de sujeição de pessoas com deficiência a experimentos científicos sem seu consentimento, medida normativa assaz relevante para solapar pesquisas e projetos médicos que as transformam em objetos de manipulação laboratorial no contexto de experiências espúrias, frequentemente repletas de procedimentos profundamente dolorosos.

Na mesma trilha dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança, a saber:

Art. 37. Os Estados Partes zelarão para que:

a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;

d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

As unidades socioeducacionais no Brasil, no entanto, produzem, muitas vezes, a degeneração do caráter do adolescente em vez de facultar seu desenvolvimento integral.

A Convenção Americana de 1969, instrumento central da arquitetura do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, estatui, em seu art. 5º.2: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Por fim, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, define em seu art. 2º:

Para os efeitos dessa Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

Os tratados aludidos não estabelecem conceito seguro para se classificar o ato como tortura ou como tratamento cruel, desumano ou degradante. Alguns parâmetros são ordinariamente utilizados pelos intérpretes para empreender essa distinção, a saber: (i) impotência, vulnerabilidade ou sujeição da vítima, ou seja, quanto maior a situação de impotência, mais próximo de se enquadrar o ato como tortura; (ii) gravidade do ato, sua duração e impacto na vítima, devendo ser consideradas suas circunstâncias pessoais (idade, sexo e estado de saúde); e (iii) finalidade.

Anteriormente, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos seguia o precedente estabelecido pela Corte Europeia no *leading case* Irlanda vs. Reino Unido, de 1978, para classificar um ato como tortura. Naquela decisão, aplicou-se o teste de gravidade para distingui-la de outros tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes. Diante da profunda subjetividade na avaliação do grau de sofrimento, em boa hora, as cortes regionais de direitos humanos, especialmente a partir do precedente *Selmouni vs. France*, passaram a reconhecer a relatividade do conceito de severidade, dependente das circunstâncias do caso (não apenas a intensidade do sofrimento, mas a duração da conduta, seus resultados, condições físicas e etárias da vítima etc.).²⁵

No Caso *Lizardo Cabrera vs. República Dominicana*, por exemplo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos levou em consideração as circunstâncias pessoais da vítima (estado de saúde frágil após greve de fome) para

²⁵ STEINER, Sylvia Helena. A prevenção no crime de tortura no cenário do direito internacional. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 99, p. 316-319, 2012.

caracterizar os atos estatais de imposição de isolamento e incomunicabilidade como tortura.²⁶

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura formula definições bastante similares àquelas propostas pela Convenção da ONU, todavia amplia o conceito para entender também como tortura a aplicação sobre uma pessoa de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Em seu art. 3º, atribui responsabilidade aos empregados ou funcionários públicos que, nessa condição, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam, bem como às pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos anteriormente mencionados, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, ou nela sejam cúmplices.²⁷

O fato de ter agido por determinação superior não tem o condão de afastar a responsabilidade penal correspondente e não se admite, sob nenhuma circunstância, mesmo em estado de sítio, ameaça de guerra, calamidade pública ou emergência, a prática de tortura.²⁸

A admissibilidade como meio de prova das informações colhidas mediante tortura, mais uma vez, é repudiada, salvo para emprego contra o próprio agente torturador.²⁹

Desde o final do século passado, o Brasil tem recebido *experts* internacionais na matéria cuja função é analisar e inspecionar as instituições pátrias a fim de redigir relatórios e propor recomendações. Invariavelmente, todos constataram que a tortura é prática sistemática e generalizada no país. Algumas considerações merecem ser tecidas sobre o conteúdo dos relatórios mais recentes.

O relatório sobre tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos referente ao Brasil, elaborado pelo *Special Rapporteur* Juan Méndez e divulgado em janeiro de 2016 (A/HRC/31/57/add.4),³⁰ traçou fidedigno retrato da realidade nacional. Concluiu o relator especial que, a despeito do desenvolvimento legislativo, seu implemento continua lento. Tortura e maus-tra-

²⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁷ Art. 3º. Serão responsáveis pelo delito de tortura:

a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;
b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nela sejam cúmplices.

²⁸ Art. 4º. O fato de haver agido por ordens superiores não eximirá da responsabilidade penal correspondente.

Art. 5º. Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou emergência, a comção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas. Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

²⁹ Art. 10. Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado conta a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração.

³⁰ Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/014/13/PDF/G1601413.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

tos permanecem frequentes nos interrogatórios, execuções policiais e unidades prisionais e afetam, sobretudo, pessoas pertencentes a minorias raciais, de gênero etc. O severo superencarceramento impacta as condições no interior dos presídios e afeta o acesso a água, comida, atendimento médico, suporte psicológico, oportunidades de estudo e trabalho, ar fresco, recreação etc. A impunidade remanesce como regra diante de procedimentos deficientes e práticas relacionadas ao insuficiente monitoramento e à documentação inadequada.

Destarte, Juan Méndez formulou diversas recomendações, dentre elas: assegurar o efetivo implemento da legislação existente e remover obstáculos relacionados à escassez de recursos ou prioridades políticas inapropriadas; expandir a adoção das audiências de custódia para o âmbito nacional; encorajar vítimas a relatar os delitos e adotar medidas para a sua efetiva documentação; abolir as revistas íntimas vexatórias; reduzir o alto número de execuções extrajudiciais; erradicar o uso excessivo da força; e garantir a autonomia do sistema médico-legal. Quanto à Defensoria Pública, Juan Méndez pontuou o baixo número de defensores para atender a elevada quantidade de pessoas privadas de liberdade.

O Subcomitê de Prevenção e Combate à Tortura, instituído pelo Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura, realizou sua segunda visita ao Brasil no período de 19 a 30 de outubro de 2015, oportunidade em que se reuniu com diversas autoridades e instituições, inclusive com a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Em relatório publicado em fevereiro de 2017 – CAT/OP/BRA/3³¹ –, o subcomitê destacou que as torturas policiais não são detectadas nos institutos médico-forenses, uma vez que os exames são perfunctórios e executados de maneira inefetiva por peritos que nem sequer conhecem o Protocolo de Istambul. Ademais, de modo reiterado, salientou o hiperencarceramento e suas dramáticas consequências num ambiente de tanta escassez material e de condições insalubres, bem como ressaltou a vulnerabilidade da juventude negra e pobre, alvo estatal preferível das prisões, o uso excessivo da força e os recorrentes homicídios.

Conquanto haja farta posituação internacional e diversos relatórios internacionais recentes atestando ser generalizada a tortura, a inação do Estado brasileiro no implemento de estruturas e protocolos capazes de enfrentar essa mazela persiste, calcada numa cultura social de aceitação de abusos praticados por oficiais públicos, no excesso de encarceramento e no tratamento discriminatório dispensado a certos grupos demonizados.

3. A TORTURA E O DIREITO INTERNO

O sistema normativo interno de proteção contra a tortura encontra sua base primeira na Constituição Federal, que assinala a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. A Carta Maior dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, a considera crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, proscribe penas cruéis, as-

³¹ Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FOP%2FBRA%2F3&Lang=em>. Acesso em: 31 ago. 2017.

segura aos presos o respeito à integridade física e moral e garante a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes.³²

Assim como as Convenções contra a Tortura da ONU e da OEA,³³ a Constituição Federal declara inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, em seu art. 5º, LVI, o que deveria ser suficiente para afastar qualquer valor probatório a declarações hauridas em função de tortura. Todavia, a prática demonstra que o comando constitucional é inobservado por membros do sistema de Justiça, os quais, inseridos na cultura punitivista prevalecente, ignoram o ato de tortura praticado contra o réu para manter a idoneidade da confissão e do testemunho do agente torturador que embasarão uma condenação.

Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção da ONU contra a Tortura em 28 de setembro de 1989 e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em 20 de julho de 1989, apenas em 7 de abril de 1997 foi aprovada a Lei nº 9.455, que disciplina e conceitua o crime de tortura no âmbito doméstico.

A Lei nº 9.455/97 define, em seu art. 1º, que constitui tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) Com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

- b) Para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) Em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo

Parágrafo primeiro – Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

A Lei nº 9.455/97, que admite, de forma ampla, particulares como sujeitos ativos da infração, estatui finalidades específicas para a classificação do ato como tortura. Demais tratamentos desumanos ou degradantes podem ser enquadrados na moldura penal doméstica como, *v.g.*, maus-tratos (art. 136 do Código Penal), abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65) e, mais recentemente, quando o uso da força é aplicado sobre criança ou adolescente, na Lei nº 13.010/2014 (vulgarmente conhecida como a “Lei da Palmada”).

A Lei nº 12.847/2013 edificou o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, institucionalizando a estrutura nacional de enfrentamento dessa mazela. O sistema é composto pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura,

³² Art. 5º, incisos III, XLIII, XLVII, XLIX e LXXIV.

³³ Arts. 10 e 15.

pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional. Podem integrá-lo outros órgãos e entidades, dentre eles, as Defensorias Públicas.³⁴

No Estado do Rio de Janeiro, o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, criado pela Lei nº 5.778/2010, está vinculado mais diretamente ao Poder Legislativo, e não ao Executivo,³⁵ o que lhe permite maior autonomia na realização das vistorias a locais de encarceramento e posterior confecção de relatórios.

No âmbito jurisprudencial, em 23 de junho de 1994, ao apreciar o *HC* nº 70.389/SP, o Supremo Tribunal Federal destacou com maestria que:

A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.

Os preceitos legislativos são cristalinos, e o entendimento da Suprema Corte trilha o mesmo sentido de combate sem tréguas à tortura, porém diversos integrantes do sistema formal de Justiça desconhecem a normativa exposta acima ou não lhe conferem a devida atenção e respeito. Em razão da ausência de procedimentos investigativos para apurar esses atos, com a conseqüente impunidade dos agentes, e até do reconhecimento de valor probatório a informações assim colhidas, os torturadores mantêm o padrão comportamental de violação, sob o beneplácito de um sistema de persecução penal pouco atento.

³⁴ Art. 2º. Atualmente, o Condege e a Anadep enviam representantes às reuniões do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

³⁵ Art. 1º. Fica criado o Comitê Estadual para a Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro – CEPCT/RJ e o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro - MEPCT/RJ, órgãos vinculados administrativamente à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro – ALERJ, com composições e competências definidas nesta Lei, tendo a finalidade de erradicar e prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Art. 5º, § 2º. Os membros do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro serão nomeados pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro para cargo comissionado CCDAL - 5, com mandato fixo de 4 (quatro) anos, permitida uma recondução.

Art. 7º, § 3º. Os membros do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro terão independência na sua atuação e garantia do seu mandato, do qual não serão destituídos senão pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, mediante procedimento administrativo, desenvolvido no âmbito do Comitê Estadual de Prevenção à Tortura do Rio de Janeiro, em que se garanta a ampla defesa e o contraditório, na presença de indício de materialidade e autoria de crime ou de grave violação ao dever funcional.

Art. 10. O custeio e a manutenção do Comitê Estadual para a Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro e do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro ficarão a cargo da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

4. A PROTEÇÃO À VÍTIMA DE TORTURA

A tortura na República brasileira persiste de forma sistêmica na dinâmica das atividades das forças de segurança e das unidades de privação de liberdade. A falência múltipla das políticas de segurança e a não adoção de estratégias eficazes de desencarceramento, associadas à percepção pública da escalada da violência e do vilipêndio à dignidade de indivíduos estigmatizados, reforçam a assimetria de poder das vidas historicamente torturadas – negros, pobres, índios, operários, presos etc.

A Convenção Interamericana determina a adoção de diversas medidas voltadas às pessoas submetidas a atos de tortura. A par de assegurar que a denúncia seja examinada de modo imparcial e efetivo, garantindo, inclusive, que as autoridades procedam de ofício e imediatamente, deve haver compensação justa às vítimas.³⁶ No mesmo sentido caminha a Convenção da ONU, que consagra o dever estatal de assegurar uma investigação imparcial e o direito da vítima de apresentar queixa perante autoridades competentes, que devem agir de modo imparcial e imediato e proteger o queixoso e testemunhas contra retaliações. Ademais, o Estado deve assegurar à vítima o direito à reparação justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado da tortura impingida, seus dependentes farão jus a indenização.³⁷

A reparação adequada, efetiva e abrangente da vítima deve ser um dos objetivos primordiais a atingir. Diante dos graves riscos a que se expõem os depoentes nos processos em que se apuram torturas, contudo, há de se ter especial atenção com sua integridade e a de seus familiares, e, para esse propósito, o Programa de Proteção a Testemunhas e Vítimas Ameaçadas deve ser manejado, nas hipóteses descritas na Lei nº 9.807/99.

³⁶ Art. 8º. Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial. Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal. Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado.

Art. 9º. Os Estados Partes comprometem-se a estabelecer, em suas legislações nacionais, normas que garantam compensação adequada para as vítimas do delito de tortura. Nada do disposto neste Artigo afetará o direito que possa ter a vítima ou outras pessoas de receber compensação em virtude da legislação nacional existente.

³⁷ Art. 12. Cada Estado Parte assegurará suas autoridades competentes procederão imediatamente a uma investigação imparcial sempre que houver motivos razoáveis para crer que um ato de tortura tenha sido cometido em qualquer território sob sua jurisdição.

Art. 13. Cada Estado Parte assegurará a qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob sua jurisdição o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes do referido Estado, que procederão imediatamente e com imparcialidade ao exame do seu caso. Serão tomadas medidas para assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra qualquer mau tratamento ou intimação em consequência da queixa apresentada ou de depoimento prestado.

Art. 14. 1. Cada Estado Parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização.

2. O disposto no presente Artigo não afetará qualquer direito a indenização que a vítima ou outra pessoa possam ter em decorrência das leis nacionais.

Nessa toada, o Comitê de Direitos Humanos, considerando o amplo segundo relatório periódico do Brasil (CCPR/C/BRA/2004/2),³⁸ indicou, dentre seus principais aspectos de preocupação, o persistente tráfico de mulheres e crianças e a falta de efetivos mecanismos de proteção a vítimas e testemunhas.

O procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Mauro Renner³⁹ destaca que um dos grandes obstáculos no combate à tortura é o medo de represálias sofrido pelas vítimas, que preferem se calar a denunciar os fatos delituosos e autores. Segundo o autor, é indispensável um programa eficaz de proteção a vítimas e testemunhas.

Do mesmo modo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas e, no Protocolo II, nº 6, X, expediu a recomendação dirigida ao Ministério Público de providenciar a inclusão de vítima ou testemunha, quando adequada e necessária a medida, em programa de proteção.⁴⁰

A preservação assegurada por lei não exclui da sua esfera de proteção as pessoas do círculo próximo, do núcleo familiar da vítima direta da tortura. A Lei nº 9.807/99, que estabelece as normas para organização e manutenção do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, respeita o conceito expresso na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (Resolução nº 40/34 da Assembleia Geral da ONU), estendendo a proteção a familiares ou pessoas dependentes que tenham relação habitual com as vítimas.⁴¹

Conforme disposto no art. 29 da Portaria nº 1.772/2011 da Secretaria de Direitos Humanos,⁴² que torna público o *Manual Geral de Procedimentos do*

³⁸ Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FBRA%2F2004%2F2&Lang=em>. Acesso em: 31 ago. 2017.

³⁹ RENNEN, Mauro. Mecanismos de punição e prevenção da tortura. *Revista CEJ*, Brasília, n. 14, p. 70-72, 2001.

40 X. Recomendar ao Ministério Público a inclusão da pessoa em programas de proteção a vítimas ou testemunha, bem como familiares ou testemunhas, quando aplicável o encaminhamento.

⁴¹ Art. 2º, § 1º. A proteção poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso.

⁴² De acordo com o art. 30 da Portaria, são requisitos a serem considerados para a inclusão de usuário no Programa de Proteção a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas:

I – Existência de investigação, inquérito ou ação penal, para apurar a autoria delitiva de um ou mais fato(s) criminoso(s);

II – Estar coagido ou exposto a grave ameaça ou coação à integridade física ou psicológica para impedir ou dificultar o seu testemunho, ou ainda com o objetivo de falsear a verdade acerca de fato criminoso de que tenha conhecimento, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo judicial;

III – Colaborar para a elucidação de crime em procedimento investigativo ou em processo judicial;

IV – Insuficiência dos meios para resguardar sua integridade física e psicológica e de prevenir ou reprimir os riscos pelos mecanismos convencionais de segurança pública;

V – Encontrar-se em gozo de sua liberdade;

VI – Ser capaz de exprimir sua vontade de ingressar no programa, de forma livre e autônoma nos termos do Código Civil, ou por seu representante legal;

VII – Anuir e aderir expressamente às normas de segurança do Programa de Proteção a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas;

VIII – A emissão de parecer favorável por parte do Ministério Público, explicitando a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, em decorrência de seu testemunho, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a importância do usuário para a produção da prova e

IX – Estar o pedido devidamente instrumentalizado com documentos ou informações comprobatórias da identidade e da situação penal do interessado, cópia das declarações prestadas pelo interessado sobre os fatos, em procedimento investigatório ou processual instaurado pelo Ministério Público ou cópia da portaria inaugural de inquérito policial, auto de prisão em flagrante e/ou cópia da denúncia.

Sistema Nacional de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, usuário é a testemunha, a vítima, o réu colaborador e seus familiares ou pessoas de seu círculo afetivo.

Com a inserção no programa de proteção, as medidas legais se ampliam a cônjuges, ascendentes, descendentes e dependentes com quem a vítima conviva habitualmente, garantindo residência segura, escolta nos deslocamentos, preservação da identidade, além de apoio e assistência psicossocial.

5. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PREVENÇÃO E NO COMBATE À TORTURA

O advento de diversos tratados internacionais de direitos humanos e o vasto catálogo de direitos fundamentais insculpidos nas cartas constitucionais pós-ditaduras redimensionaram e fortaleceram a Defensoria Pública enquanto instituição de promoção desses direitos.

O professor Oscar Vilhena, ao tratar da ideia do Estado de direito e da invisibilidade dos pobres e demonização de alguns segmentos sociais, destaca o relevante papel da Defensoria Pública na salvaguarda dos direitos constitucionais das pessoas em situação de vulnerabilidade:

[...] essas constituições pós-autoritárias criam novas instituições, como o *ombudsmen*, as defensorias públicas, as comissões de direitos humanos e o ministério público para monitorar o respeito ao Estado de Direito e proteger os direitos constitucionais dos grupos e indivíduos vulneráveis. Seria ingênuo atribuir aos sistemas jurídicos a capacidade de produzir a sua própria eficácia, mas seria igualmente equivocado desconsiderar as potencialidades dos novos atores de promover mudanças sociais através do emprego de estratégias legais. Mesmo um sistema jurídico frágil pode prover mecanismos que, se usados a tempo, aumentarão a imparcialidade e o igual reconhecimento de sujeitos de direitos. As leis de interesse público, a mobilização (*advocacy*) em direitos humanos, a litigância estratégica, os escritórios *pro bono* e defensorias públicas podem mobilizar os recursos jurídicos em favor dos interesses menos beneficiados ou contra aqueles interesses hiper-representados.⁴³

A Constituição Federal e a Lei Complementar nº 80/94 preceituam que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos

⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>>. Acesso em 30/08/17.

individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.⁴⁴

O vínculo entre a democracia, os direitos humanos e a Defensoria é afirmado, inclusive, em âmbito internacional e respaldado pelas Resoluções da Assembleia Geral da OEA nº 2.656, 2.714, 2.801 e 2.821, que consagram o apoio ao trabalho desenvolvido pela Defensoria Pública nos países-membros da Organização dos Estados Americanos, que, segundo suas linhas, constitui um aspecto essencial para o fortalecimento do acesso à justiça e a consolidação da democracia.

Ao propor medidas que poderiam contribuir para a busca de soluções e resgatar o déficit de ações efetivas visando à prevenção e à repressão ao crime de tortura, Simone Schreiber⁴⁵ destaca: a formação de uma nova consciência de respeito aos direitos humanos, investimentos maciços na formação e capacitação da polícia e a imediata implantação da Defensoria Pública nos estados em que ainda não existe e ainda na Defensoria Pública da União. A desembargadora federal assevera que, quanto ao dever estatal de efetiva e ampla implantação da Defensoria Pública, “esse é o déficit mais grave do Governo Federal e dos Governos Estaduais no compromisso firmado inclusive em nível internacional com a política de defesa dos direitos humanos”.

Segundo a professora Ana Paula de Barcellos,⁴⁶ o acesso à compõe mesmo o mínimo existencial no seu elemento instrumental e indispensável de eficácia positiva. Portanto, sindicável, justiciável e não passível de negação sob o vetusto e frágil argumento da reserva do possível.

A Lei Complementar nº 80/94 estatui, em seu art. 3º-A, que são objetivos da Defensoria Pública a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado democrático de direito e a prevalência e efetividade dos direitos humanos. Figuram como função institucional da Defensoria Pública inseridas no art. 4º:

X. promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

XI. exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

⁴⁴ Art. 134 e 1º, respectivamente

⁴⁵ SCHREIBER, Simone. Mecanismos de punição e prevenção da tortura. *Revista CEJ*, Brasília, n. 14, p. 63-69, 2001.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar: 2002, p. 258 e ss.

XVIII. atuar na preservação e reparação dos direitos e pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; (grifos nossos)

Portanto, há dispositivo específico a respeito da obrigatoriedade de atuação em favor das vítimas de tortura e de promoção, em geral, da defesa de grupos sociais vulneráveis para propiciar a adequada e efetiva tutela de seus interesses individuais ou coletivos.

É imperioso atentar detidamente para mais três funções institucionais da Defensoria Pública previstas expressamente no aludido artigo, visto que essenciais para a reflexão sobre o papel significativo que pode ser desempenhado pela Defensoria Pública, quais sejam:

III. promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

VI. representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

XVII. atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;

Diante do dever de difundir e conscientizar com o objetivo precípua de erradicar a tortura, a formação e a capacitação (*rectius*: educação) de agentes de segurança, penitenciários, de unidades do sistema socioeducativo e de membros do sistema de Justiça – incluídos Poder Judiciário, Ministério Público e a própria Defensoria Pública –, é função urgente para a consecução daquela finalidade. No caminho para cumprir essa tarefa, o defensor público pode apresentar palestras, estudos, congressos e seminários, além de, sobretudo, participar dos cursos de formação e reciclagem desses servidores públicos, a fim de que compreendam e se apropriem do conteúdo pertinente e não perpetrem, tampouco legitimem ou chancelam as práticas de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante.

O Protocolo Brasileiro de Perícia Forense estabelece, em sua Recomendação Complementar nº 11, que os membros da Defensoria Pública, assim como do Ministério Público e do Poder Judiciário, devem receber orientação sobre como atuar nos casos de crime de tortura e sobre as pertinentes e específicas solicitações a serem formuladas nos exames periciais.⁴⁷

⁴⁷ Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/protocolo-brasileiro-pericia-forense-no-crime-de-tortura-autor-grupo-de-trabalho-tortura-e-pericia-forense-sedh>>. Acesso em: 30 out. 2017.

Na sequência dos incisos transcritos, a representação aos sistemas global ou regional de direitos humanos demanda a avaliação prévia do preenchimento de seus requisitos e a análise de sua viabilidade e do seu caráter estratégico. Por vezes, atribui-se irrefletidamente o título de ação estratégica a qualquer comunicação a órgão internacional, ainda que seja, por vezes, lenta, dispendiosa e sem efetividade.

Existem várias possibilidades de atuação da Defensoria em âmbito internacional, dentre elas: envio de relatórios, encaminhamento de comunicações, recebimento de relatores temáticos nas visitas ao país, abastecimento dos relatores com informações do quadro de violações do país, patrocínio de denúncias perante os órgãos com atribuição, habilitação como *amicus curiae* etc.

Todavia, o desconhecimento dos procedimentos e práticas dos Sistemas da ONU e da OEA faz com que se considere a demanda internacional uma panaceia capaz de sanar todas as violações não rechaçadas internamente pelos órgãos e poderes nacionais. Embora seja instrumento poderoso no combate à tortura, o manejo das instâncias internacionais pressupõe aprofundamento e avaliação detidos para que se logre êxito e não se frustrem as expectativas das próprias vítimas.

Outra pauta de relevo diz respeito às inspeções no cárcere. A Lei nº 7.210/84, que trata da execução penal, qualifica a Defensoria Pública como órgão de execução penal, incumbindo-lhe visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para seu adequado funcionamento, conforme os arts. 61 e 81-B, inciso V. Monitorar periodicamente locais de privação de liberdade, sejam prisionais, policiais, socioeducacionais ou voltados a pessoas com transtornos mentais, é também missão da Defensoria Pública e, a par do atendimento individual a ser prestado, tenderá a evitar diversos abusos e práticas aviltantes pelos servidores responsáveis diretamente pela guarda daquelas pessoas, bem como possibilitará a apuração da responsabilidade, a preservação das provas e a salvaguarda da integridade das vítimas em casos de tortura. O Protocolo II anexo à Resolução nº 213 do CNJ, nos incisos VII e XV, especifica que podem até ser considerados indícios de ocorrência de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes a negativa de acesso da pessoa custodiada a um defensor público ou advogado e o impedimento ou interferência a inspeções ou visitas independentes a local de detenção por parte de instituições competentes.

Na linha traçada, o ajuizamento de ações coletivas para enfrentar as falhas estruturais que permitem a perpetuação da tortura e de tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos tem sido poderosa arma manejada pela instituição. No Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública obteve sucesso em diversas demandas, algumas ainda em curso, por exemplo: a) na garantia do banho de sol diário;⁴⁸ b) na proibição de administração compulsória de água com sabão em pó a presos para a expulsão de corpo estranho;⁴⁹

⁴⁸ TJRJ, processo 04108107320148190001.

⁴⁹ TJRJ, processo 03071041120138190001.

c) no fornecimento de um kit básico de higiene para a manutenção do asseio pessoal dos presos;⁵⁰ d) na obrigatoriedade dos veículos que transportam presos possuírem licenciamento anual e plenas condições de utilização;⁵¹ e) na garantia de atendimento médico às mulheres encarceradas;⁵² f) na proibição de revista íntima vexatória aos visitantes de unidades prisionais;⁵³ g) na proibição da prática abusiva de exposição de pessoas custodiadas nos veículos midiáticos;⁵⁴ e h) na garantia do direito de visitação a interno do sistema por companheira/o ou amigo/a sem a necessidade imposta pela Secretaria de Administração Penitenciária de instrumento público para comprovar esse vínculo.⁵⁵

Especificamente quanto a pessoas privadas de liberdade vítimas desses atos, o defensor público deve agir com cautela redobrada e requerer que seja alocado em unidade e cela seguras, bem como que seu transporte, geralmente para audiências ou atendimento médico-hospitalar, seja efetuado sem riscos e por agentes confiáveis.

Nos processos criminais em que a vítima de tortura figurar como réu, indubitavelmente, a imprestabilidade e a exclusão dos meios de prova obtidos mediante tortura são matéria básica a ser arguida nas peças de defesa.

Ao receber notícias de ação ou omissão que possam configurar tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, deve o defensor público exigir a instauração de procedimento disciplinar e investigativo e acompanhar os processos judiciais, preservando e orientando as vítimas e seus familiares. Convém encaminhar, de imediato, a vítima ao órgão de perícia, a fim de realizar o exame de corpo de delito, formulando quesitos específicos na esteira dos Protocolos de Istambul e do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense. Excepcionalmente, é possível se habilitar como assistente de acusação no feito criminal.

A imparcialidade dos examinadores e a presteza dos processos e procedimentos devem ser observadas e demandadas pela Defensoria Pública, evitando que o fato permaneça impune e que o agente continue a submeter outras pessoas a tortura.

A ausência de imparcialidade na presidência do inquérito policial foi, inclusive, um dos fatores condenados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos recentemente. No Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, ao proferir sentença em 16 de fevereiro de 2017, o tribunal declarou, por unanimidade, ser o Estado brasileiro responsável pela violação de diversos direitos, incluídos os dispostos nos arts. 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Demais disso, determinou o estabelecimento de mecanismos normativos necessários a que, em atos como a tortura policial, um órgão independente se encarregue da investigação. Estipulou, por fim, a obrigatoriedade de implementar um programa ou curso

⁵⁰ TJRJ, processo 03155056720118190001.

⁵¹ TJRJ, processo 04770891220128190001.

⁵² TJRJ, processo 02204707520148190001.

⁵³ TJRJ, processo 03101255820148190001.

⁵⁴ TJRJ, processo 01313660920138190001.

⁵⁵ TJRJ, processo 01526368420168190001.

permanente obrigatório sobre atenção a mulheres vítimas de violação sexual, dirigido às polícias civil, militar e funcionários da rede de atenção à saúde.⁵⁶

Ainda em favor da vítima, cabe à Defensoria Pública prestar assistência jurídica para assegurar que sua reparação seja adequada, efetiva e abrangente, incluindo a restituição, a compensação, a reabilitação, a satisfação e garantias de não repetição.

As audiências de custódia e interrogatórios são palco fundamental para a identificação de casos de tortura. Em entrevista pessoal e reservada prévia, o defensor público deve indagar ao processado se sofreu agressão, ameaça, abuso ou qualquer outra forma de violência, documentando o relato, comunicando ao órgão de direitos humanos de sua instituição e requerendo judicialmente as providências cabíveis e a extração de peças aos órgãos com atribuição para apurar responsabilidade criminal e administrativa.

A compilação e a centralização em órgão específico de direitos humanos da Defensoria Pública das comunicações de tortura, penas e tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes, com registro adequado (se possível, com vídeos e fotos), é outra significativa estratégia que permite uma visão sistêmica do horizonte das violações, com a identificação dos locais onde há maior incidência desses delitos e até dos agentes apontados com maior frequência nas denúncias e reclamações. Essa visada panorâmica serve como base para pautar a política de atuação institucional, seja na prevenção, seja no combate, e para estabelecer suas prioridades. Ao especificar os locais de maior incidência dessas práticas, vistorias devem ser de pronto realizadas e procedimentos específicos levados a cabo. A avaliação conjunta dos dados e resultados faculta a segura revisão das medidas encetadas, a adoção de novas ações e a reformulação daquelas que não obtiveram sucesso.

O Comitê Jurídico Interamericano, na Resolução nº 226, que versa sobre os princípios e diretrizes da defesa pública nas Américas, estabelece corretamente no Princípio 9 ser importante que as Defensorias Públicas desenvolvam, no marco de sua autonomia, instrumentos destinados

⁵⁶ 369. Por tanto, LA CORTE DECLARA, por unanimidad, que:

5. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la protección judicial y a las garantías judiciales, previstos en los artículos 25 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como el artículo 7 de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de L.R.J., C.S.S. y J.F.C., en los términos de los párrafos 243 a 259 de la presente Sentencia.

16. El Estado, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, debe establecer los mecanismos normativos necesarios para que en supuestos de presuntas muertes, tortura o violencia sexual derivadas de intervención policial, en que prima facie aparezca como posible imputado personal policial, desde la *notitia criminis* se encargue la investigación a un órgano independiente y diferente de la fuerza pública involucrada en el incidente, tales como una autoridad judicial o el Ministerio Público, asistido por personal policial, técnico criminalístico y administrativo ajeno al cuerpo de seguridad al que pertenezca el posible imputado o imputados, de conformidad con los párrafos 318 y 319 de la presente Sentencia.

18. El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa o curso permanente y obligatorio sobre atención a mujeres víctimas de violación sexual, dirigido a todos los niveles jerárquicos de las Policías Civil y Militar de Río de Janeiro y a funcionarios de atención de salud. Como parte de esta formación, se deberá incluir la presente Sentencia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a violencia sexual y tortura, así como los estándares internacionales en materia de atención a víctimas e investigación de ese tipo de casos, en el sentido dispuesto en los párrafos 323 y 324 de la presente Sentencia.

à sistematização e ao registro de casos de denúncia de tortura e outros casos desumanos, cruéis e degradantes que possam funcionar como ferramentas para estratégias e políticas de prevenção, tendo como objetivo fundamental evitar violações de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, reconhecendo que os defensores públicos são atores fundamentais na prevenção, na denúncia e no acompanhamento de vítimas de tortura e outros tratamentos desumanos, cruéis e degradantes.

Outra ação muito importante a merecer o cuidado defensorial consiste em integrar ou fomentar a implantação do Comitê e do Mecanismo Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura, reforçando e dando-lhes suporte⁵⁷ na execução de suas funções. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 5.778/2010, que institui o Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, em seu art. 3º, inciso V, estabelece expressamente que um de seus membros deve ser um representante do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro,⁵⁸ em franco reconhecimento do papel daquele núcleo especializado. Além de participar e robustecer a rede estadual, há que se atuar em parceria com o sistema nacional, estruturado pela Lei nº 12.847/2013.

O vasto potencial de atribuição-obrigação do defensor público não se esgota nas múltiplas ações já elencadas. Numa perspectiva extrajudicial, a instituição pode incidir na própria pauta política e sugerir ao legislador projetos de lei de combate à tortura, confeccionando notas técnicas a embasarem a proposta normativa.

Enfim, para exaurir o rol aqui abordado, de caráter meramente exemplificativo e não taxativo, devem ser salvaguardadas a vida e a integridade física e psíquica da vítima e de seu núcleo afetivo. Caso as medidas ordinárias não sejam suficientes, o defensor público, órgão com atribuição de defesa dos direitos humanos, deve solicitar a sua inclusão no Programa de Proteção a Testemunhas e Vítimas Ameaçadas.

⁵⁷ Obviamente, cabe à DPU, Anadep e Condege o mesmo cuidado no tocante ao Comitê e Mecanismos Nacionais.

⁵⁸ Art. 3º O Comitê Estadual para a Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, composto de forma paritária entre o poder público estadual e a sociedade civil, será constituído:

- I – pelo Secretário de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos;
- II – pelo presidente da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e da Cidadania da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro;
- III – por 1 (um) representante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro;
- IV – por 1 (um) representante do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro;
- V – por 1 (um) representante do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro;
- VI – por 1 (um) representante do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos;
- VII – por 1 (um) representante do Conselho da Comunidade do Estado do Rio de Janeiro;
- VIII – por 1 (um) representante do Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente;
- IX – por 1 (um) representante do Conselho Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil;
- X – por 1 (um) representante do Conselho Regional de Psicologia do Rio de Janeiro;
- XI – por 1 (um) representante do Conselho Regional de Assistência Social do Rio de Janeiro;
- XII – por 5 (cinco) representantes de entidades representativas da sociedade civil com reconhecida atuação no Estado do Rio de Janeiro.

CONCLUSÃO

Para as consciências entorpecidas pela estrutural assimetria pátria e violenta hierarquia social, as pessoas, definitivamente, não têm o mesmo valor.

A tortura tem sido legitimada, de modo manipulador e oblíquo, com lastro em emoções desenfreadas e potencializadas pela fragilidade e inefetividade das políticas oficiais de segurança pública.

Ensinam Fernando Salla e Marcos César Alvarez que a compreensão da tortura implica uma leitura da formação social do Brasil:

Há que se entender esse fenômeno numa dimensão mais profunda que inclua práticas, valores e percepções presentes na sociedade e que se reproduzem nas ações dos sujeitos responsáveis pela operação das instituições da justiça criminal e na própria dinâmica institucional pela qual estas operam [...] Numa sociedade profundamente hierarquizada, sem tradição de reconhecimento da cidadania, marcada pela violência como elemento constitutivo de suas relações sociais, o funcionamento do aparato de justiça criminal na direção do fortalecimento dessa assimetria traz várias implicações. Uma delas é o uso sistemático, pelas forças policiais, da violência ilegal, dos espancamentos, da tortura nos seus procedimentos de policiamento de rua, de investigação, de obtenção de confissões. A presença desses procedimentos de imposição de maus tratos a suspeitos e a pessoas presas no Brasil é frequente, sem que as autoridades demonstrem uma verdadeira disposição de coibir os casos envolvendo policiais ou mesmo carcereiros envolvidos.⁵⁹

A complexidade do quadro das relações de exclusão da sociedade brasileira, marcada pela crescente desigualdade e pelas massivas violações de direitos fundamentais, em especial, de cunho econômico e social, demanda novo olhar sobre a fragilizada democracia nacional.

A miríade normativa, nos planos externo e doméstico, contempla razoável manto protetivo às vítimas de tortura ou tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. De forma lúcida, Rolim⁶⁰ assevera, entretanto, que os problemas não estão no texto da lei, mas em sua aplicabilidade. O desafio remete à mudança de uma tradição cultural. Não obstante a existência de vasto catálogo de interdição à tortura, essas práticas persistem, quer em regimes tiranos, quer em democráticos.

O desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos nesse campo pressupõe a capacitação contínua das forças de segurança, dos agentes prisionais, dos servidores do sistema socioeducativo, dos profissionais de instituições fechadas voltadas ao tratamento de pessoas com deficiência e dos membros do sistema de Justiça.

⁵⁹ SALLA, Fernando A.; ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 63, p. 280-282, 2006.

⁶⁰ ROLIM, Marcos. Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários. *Revista CEJ*, Brasília, v. 5, n. 14, p. 12, 2001.

O efetivo controle interno e externo da atividade policial e a autonomia do instituto de perícias devem ser consagrados, bem como a periódica vistoria em unidades de privação de liberdade por instituições e órgãos dotados de autonomia. Desse modo, novos paradigmas de organização e funcionamento dos aparatos policial e de privação de liberdade serão construídos.

As vítimas de tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes são sujeitos invisíveis de injustiça social, inapreensíveis às narrativas estruturais do direito. Numa ótica fenomenológica de compreensão do sujeito em sua experiência vivencial real, Cunha e Assy⁶¹ destacam, com maestria, que, mesmo em situações concretas de injustiça socioeconômica, é possível um movimento de constituição de subjetivação política capaz de não só resistir à invisibilidade sociopolítica, mas operar simultaneamente um processo de empoderamento do sujeito e a promoção de sua ação política.

A Defensoria Pública se avoluma como instituição central no sistema de combate e prevenção à tortura, prática ainda institucionalizada, legitimada socialmente e sistêmica no país. Para realizar sua vocação, uma gama variada de ações se apresenta em âmbito interno e internacional, pela via judicial ou extrajudicial, em diversos momentos. A confecção de protocolos/políticas institucionais de atuação, nos moldes delineados acima, contribuirá para desconstruir a invisibilidade sociopolítica dos demonizados e oprimidos, bem como ressignificar seu processo de ação política e de poderio pessoal e coletivo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ALVAREZ, Marcos César. Tortura, história e sociedade: algumas reflexões. *Revista IBCCRIM*, n. 72, p. 275-294, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. RJ/SP: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. (1764). Domínio público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. III. Porto Alegre: SAFE, 2003.

CARVER, Richard; HANDLEY, Lisa. *Does Torture Prevention Work?* Liverpool: Liverpool University Press, 2016.

⁶¹ CUNHA, José Ricardo; ASSY, Bethania. *Teoria do direito e o sujeito da injustiça social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CUNHA, José Ricardo; ASSY, Bethania. *Teoria do direito e o sujeito da injustiça social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FOUCAUL, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1993.

HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, n. 41, p. 479, 2010.

LIMA JR, Jayme Bevenuto. (Org.). *Manual de direitos humanos internacionais: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Loyola, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RENNER, Mauro. Mecanismos de punição e prevenção da tortura. *Revista CEJ*, Brasília, n. 14, p. 70-72, 2001.

ROLIM, Marcos. Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários. *Revista CEJ*, Brasília, n. 14, p. 12, 2001.

SALLA, Fernando e ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, 63, p. 277-308, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Simone. Mecanismos de punição e prevenção da tortura. *Revista CEJ*, Brasília, n. 14, p. 63-69, 2001.

SOARES, Ricardo Maurício. *Repensando um Velho Tema: a Dignidade da Pessoa Humana*. In.: O respeito à dignidade da pessoa humana. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; BARROS LEAL, César. (Org.). Fortaleza: IBDH/IIIDH, 2015.

STEINER, Sylvia Helena. *A prevenção no crime de tortura no cenário do direito internacional*. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 99, p. 316-319, 2012.

TAVARES, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>>. Acesso em 30/08/17.

CONTINUIDADES DEMOCRÁTICAS: DA ESCRAVIDÃO AO ENCARCERAMENTO

DEMOCRATIC CONTINUITIES: FROM SLAVERY TO INCARCERATION

Fernando Henrique Cardoso Neves

Advogado. Mestrando em Sociologia e Direito no PPGSD/UFF.

fhcneves@id.uff.br

Resumo: O tema deste trabalho é a relação entre direito e democracia. Apesar de a modernidade compreender o processo histórico como uma evolução humanitária, pensadores como Michel Foucault apontam inflexões que rompem com essa narrativa. Assim, este *paper* analisa os momentos históricos da escravidão e da democracia no Brasil, buscando quais seriam as rupturas e continuidades presentes na relação entre o direito e a democracia. A metodologia utilizada é a de análise bibliográfica e documental, com ênfase no *The Trans-Atlantic Slave Trade Database Voyages* e nos relatórios de vistoria prisional do Mecanismo de Combate à Tortura/RJ. A conclusão é de que os dados analisados invertem a equação histórica oficial.

Palavras-chave: Direito. Democracia. História. Escravidão. Encarceramento.

Abstract: The theme of this work is the relationship between Law and Democracy. Although modernity understands the historical process as a humanitarian evolution, thinkers like Michel Foucault point out inflections that break with this narrative. Thus, this paper analyzes the historical moments of slavery and democracy in Brazil, seeking what would be the ruptures and continuities present in the relationship Law and Democracy. The methodology used is that of bibliographic and documentary analysis, with emphasis on *The Trans-Atlantic Slave Trade Database Voyages* and the prison inspection reports of the Mechanism to Combat Torture/RJ. The conclusion is that the analyzed data inverts the official historical equation.

Keywords: Law. Democracy. History. Slavery. Imprisonment.

INTRODUÇÃO

Ao tempo de escrita deste artigo, observou-se que a discussão acerca da construção da democracia, especialmente no Brasil, é atravessada por uma disputa em torno de determinadas pautas que se declaram como *avanço* ou *retrocesso*. Nesse âmbito, não raro se faz alusão ao que deveria ser combatido nos dias de hoje: um ímpeto, um avanço do que *já se passou* – o passado nunca assustou tanto aquelas e aqueles que se dedicam à democracia.

Os fenômenos político-institucionais recentes acirram ainda mais discursos que apontam para o enfrentamento e o surgimento de posicionamentos *conservadores, reacionários, istas* – racistas, fascistas, machistas, nazistas. Reconhecidos como *retrógrados*, o combate anunciado se daria entre o passado

e a tentativa de resguardar o presente, sendo este algo *melhor* ou *menos pior* do que tempos já superados.

Por episódios da política institucional ou da ação de um ou outro burocrata, as vozes que defendem a narrativa que coroa o presente democrático assertam que todos os *avanços* se dão por perdidos a partir dessas ações, especificamente, que a ordem democrática, que o Estado democrático de direito é destruído a partir desses episódios e que sua restauração e seu contínuo avanço dar-se-iam apenas no momento em que houvesse a revisão dos últimos atos institucionais.

Capitaneado muitas vezes por juristas, é interessante perceber que o direito, em sua sucessão de diplomas durante a história, demonstra a mesma crença numa marcha única do tempo em que, do *estado de natureza* até a última portaria editada, estaríamos em constante evolução, numa progressão humanitária: as leis de ontem regulavam uma realidade *ruim ou pior* do que a realidade regulada pelas leis de hoje.

Nesse sentido, este artigo procura testar a consistência desses discursos contemporâneos enquanto participação cidadã na construção social do presente democrático, especificamente nessa maneira de *tratar* a história – como se é tão certo sobre a totalidade dos acontecimentos como uma simples linha do tempo?

Para tal, analisar-se-ão dois períodos históricos brasileiros e seus diplomas legais no que tange a alguns procedimentos penais, comparando o extraído das leis e de documentos obtidos em duas fontes: para o *passado*, o banco de dados da pesquisa internacional sobre o tráfico de escravos no Atlântico Sul acessado no sítio *Slave Voyages*. Para o presente, relatórios de vistoria prisional dos presídios do Rio de Janeiro confeccionados pelo Mecanismo de Combate à Tortura da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, referentes aos anos de 2015 e 2016.

1. HISTÓRIA E DIREITOS

Perceber-me em um momento no qual a maioria declaradamente *politicizada* disputa uma narrativa política a partir da manipulação de um passado e de um presente, apontando que o pretérito é cada vez mais fantasmagórico ao *futuro*, operando com categorias como exceção¹ à regra, retrocesso ao avanço *conquistado*, e apontando o *perigo* que corre o processo de uma *sociedade mais justa* com a *volta do passado*, fica difícil não lembrar do mesmo tom narrativo do *Estado de natureza*, ficção do contratualismo na qual um passado no qual não se viveu, mas se teme, é melhor ou *menos pior* que o que se vive.

¹ Na mesma operação histórica, a ideia de *Estado de exceção* é trazida da obra de Giorgio Agamben e utilizada numa tentativa de remontar que a exceção, superada pelo cumprimento das regras, volta a aparecer *nestes tempos* – como se a exceção, o autoritarismo e o fascismo estivessem apenas agora se sobrepondo a regra, democracia e diversidade. Estranhamente, ao cronologizar a ideia exceção/regra de Agamben, foge da afirmação do filósofo italiano de que o que se acusa como exceção é o próprio funcionamento do sistema, não se falando em pior ou melhor momento da história. Ver AGAMBEN, Giorgio; BURIGO, Henrique. *Homo sacer, o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007; AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*: [Homo sacer, II, I]. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015; AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha* [Homo Sacer, III]. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

Esse timbre histográfico que agora ressoa dentre os *politicados*, apesar de causar incômodo aos dissonantes, não deveria surpreender ninguém, haja vista uma determinada visão da história como o processo de um projeto humanizador. Em *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*, Gizlene Nleder, ao remontar a história da execução penal, não se distancia da história dos discursos reformadores que impulsionam a narrativa de que um processo civilizatório-humanista está em curso: como não lembrar do Marquês de Beccaria em *Os delitos e as penas*, ou mesmo da transição paradigmática das penas de *cruéis* para *modernas*, anunciadas respectivamente nas Ordenações Filipinas, de 1595, e no Código Criminal de 1830.

A história da execução penal apresenta-se em três momentos consecutivos, onde predominam atitudes punitivas notadamente diferentes: *penance*² e penas pecuniárias (praticamente o único instrumento punitivo da chamada Alta Idade Média), substituídos, durante a fase final do feudalismo, por um sistema de penas corporais e de morte (o que por sua vez, prepara o caminho para a introdução das penas carcerárias no século XVII, momento decisivo quanto ao processo de constituição do mercado de trabalho na Europa).³

Dessa feita, e especialmente pelo grande investimento nesse tom de narrativa como um *posicionamento politicado, engajado*, ativo na construção do conceito de cidadania e sua implicação no processo social contemporâneo, ou seja, uma das relações entre *história*⁴ e direito, é que essa noção de passado-pior/presente-melhor deve ser testada.

Pensadores como Michel Foucault e Walter Benjamin, ao comentarem sobre a história, colocam em questão tanto essa linearidade quanto sua única possibilidade de realidade. Para o francês, que preferiu declarar que produziria uma *anti-história*, ou seja, pensamentos sobre a produção histórica no sentido de que rompesse com o universalismo, a origem, ao desejo de verdade histórica e aos essencialismos,⁵ essa linearidade é substituída por continuidades e rupturas, observadas em seus graus de permanência e sofisticação.

O pensador alemão, por sua vez, contesta a noção evolutiva por uma que invista na demonstração de que não se trata de “exceções” ou de superação de um passado *pior* do que o presente e este pior que o futuro. Neste trabalho, não nos interessamos por defender tal proposta, mas apontá-la como outra reflexão que destoa da história como progresso da humanidade.

² Pena pecuniária devida ao injuriado, imposta por uma autoridade distinta da judicial.

³ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil* – criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927). 2. ed. Niterói/RJ: Editora UFF, 2012, p. 74.

⁴ Esta história, ou seja, esta maneira de organizar o processo social como uma evolução retilínea ao ideal civilizatório.

⁵ FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas* – uma arqueologia das ciências humanas. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX “ainda” sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável.⁶

Nesse sentido, na tentativa de comparar passado e presente, observando em que sentido a fórmula histórica contestada se sustenta e em que medida se pode implicar o resultado desse exercício na reflexão sobre as atuais fórmulas *politizadas* de cidadania, defensoras incondicionais do Estado democrático de direito, e seus efeitos no processo de construção social, dois momentos históricos serão comparados à luz dos diplomas jurídicos que contam suas trajetórias.

1.1 História, segundo o direito

Neder,⁷ ao analisar o período de 1890-1927, propõe uma reflexão metodológica acerca do fazer histórico que leve em conta a complexidade social do período, compreendendo o direito como um produto histórico, participante da dinâmica social, e, portanto, produzindo as transformações históricas e sendo, ele próprio, produzido e transformado historicamente.

Em sua pesquisa, a historiadora propõe uma análise de conjuntura que desse conta de entender os processos sociais pelos quais o Brasil passava, para analisar a formação do mercado de trabalho, compreendendo a sociedade a partir das investigações de Georg Rusche e Otto Kirchheimer em *Pena e estrutura social* e de Michael Foucault em *Vigiar e punir*, ou seja, na qual o objeto de análise é formado, dentre muitas variáveis, especialmente pela *disciplina* e pelo *controle social*.

Ao estabelecer de onde partiria sua investigação, Neder insiste em se distanciar expressamente de *uma maneira* de fazer história, muito comum aos historiadores do direito, que remonta à maneira presente no discurso democrático contemporâneo.⁸

⁶ BENJAMIN, Walter. Obras escolhidas – magia e técnica, arte e política. Vol. 1. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985, p. 226.

⁷ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil – criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)*. 2. ed. Niterói/RJ: Editora UFF, 2012, p. 68.

⁸ Não à toa, a maioria dos atores lidando com a equação passado=retrocesso, presente=progresso, são juristas.

Tal questão se coloca para nós na medida em que os historiadores do Direito, abraçando quase sempre a perspectiva positivista, não enfocam a problemática histórico-social. Assim, professam uma visão evolucionista, regida pela ideia de progresso do desenvolvimento das instituições legais. Estas, segundo eles, teriam percorrido, ao longo dos séculos, o percurso da barbárie à civilização. Esta perspectiva afeta diretamente a forma pela qual a *pena*, é encarada, assim como todo o sistema punitivo e de controle social. A execução penal, por exemplo, é quase sempre analisada a partir de condições históricas da punição, ligadas às condições de existência humana inferiores dos setores miseráveis da população. Isto pode levar a um posicionamento necessariamente de acomodação em relação ao problema das condições carcerárias.⁹

A crença dos historiadores do direito apontada por Neder e sua semelhança com os discursos atuais apontados alhures também está presente na história que o direito conta sobre a execução penal – da escravidão à abolição, das Ordenações Filipinas à Constituição de 1988, Lei de Execuções Penais e os tantos tratados internacionais sobre execução penal e direitos humanos assinados pelo país.

1.1.1 Humanizando a escravidão

O histórico dos diplomas jurídicos sobre escravidão dá conta do apontado por Neder ao falar dos historiadores do direito e pode ser especialmente recordado pela historiografia oficial sobre os debates entre abolicionistas¹⁰ *radicais* e *moderados*, ou seja, os que queriam a abolição imediata da escravidão – abolicionistas – e os que queriam uma abolição *lenta, gradual e segura*.

A linha de sucessões das leis que regulavam a escravidão dá conta dessa segunda visão, que remonta ao *progressismo humanitário*: 1845, Bill Aberdeen,¹¹ que proibia o tráfico externo de escravos e, ao mesmo tempo, autorizava a marinha inglesa a capturar e derrubar *navios negreiros* – o que intensificou o tráfico interno de escravos numa época em que a maioria das metrópoles e colônias deixou de ser escravocrata.

Em 1871, Lei do Ventre Livre – mas da mãe escrava; em 1885, Lei Sariva Cotegipe, mais conhecida como dos *Sexagenários* – imagine o aspecto físico e psicológico de alguém que completou 60 anos sob o regime escravocrata brasileiro! Enfim, a Lei Áurea, em 1888 – e a partir daí diversas criminalizações.¹²

⁹ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil* – criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927). 2. ed. Niterói/RJ: Editora UFF, 2012, p. 71.

¹⁰ O abolicionismo aqui se refere ao movimento conhecido como “abolicionismo” que visava ao fim imediato da escravidão brasileira.

¹¹ *Slave Trade Suppression Act* ou *Aberdeen Act*.

¹² V. o trabalho AZEREDO, SERAFIM. A (des)criminalização da cultura negra nos códigos de 1890 e 1940. *Amicus Curiae*, v. 6, n. 6, p. 1-17, (2009) 2011.

1.1.2 Humanização do cárcere

No caso do cárcere, ou melhor, da sofisticação do controle social, a sucessão de leis tem o mesmo tom evolutivo. Dois diplomas jurídicos contam a *mudança do paradigma penal* no Brasil – as Ordenações Filipinas, de 1595, que tinha a “pena cruel”, e o Código Criminal de 1830, com o paradigma da *pena moderna*, ou seja, que tem respeito à *integridade física*; ao tratar do castigo no Título II, Das Penas, Capítulo I, listava o banimento, a prisão perpétua e a morte como traços de sua *modernidade*.

Com a Constituição de 1988, a vedação às penas cruéis e o respeito à integridade física e moral dos presos foram taxados no rol das garantias do art. 5º,¹³ dispositivos que têm o peso jurídico de direitos fundamentais, ou seja, regulações que têm seus cumprimentos elevados aos próprios pilares de um Estado democrático de direito. Interpretá-los não significa saber quais são os limites mínimos designados pela legislação para que se saiba *como a pena* deve ser para “não ser cruel” e o que seria uma pena que respeita a integridade física e moral.

Dando forma legal a essa interpretação, os diplomas que tratam exclusivamente de execução penal, muitos advindos do grupo de direitos e atores políticos reunidos sob a insígnia de direitos humanos, são editados: 1984, Lei de Execução Penal;¹⁴ 2008, Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade das Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH);¹⁵ 1991, Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹⁶ e, recentemente alteradas como *homenagem a Nelson Mandela*, as Regras de Mandela¹⁷ (2015), criadas em 1960 com o nome Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, ambas da Organização das Nações Unidas (ONU).

2. ESCRAVIDÃO E ENCARCERAMENTO, IMPÉRIO E DEMOCRACIA

Em 1807, a família real portuguesa viajou para o Brasil na Nau Príncipe Real. Ao chegar ao Rio, em 1808, inutilizada para o serviço de combate e desarmada, esta serviu de presiganga pelo maior período da história – 1808-1831 –, fundeada na Baía de Guanabara, ao norte da ilha das Cobras.

¹³ Art 5º, XLVII, e, CF/88 – não haverá penas cruéis. Art. 5º, XLIX, CF/88 – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

¹⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 27 nov. 2016.

¹⁵ Disponível em: <<https://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

¹⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

A presiganga era um navio de guerra português que serviu de prisão entre 1808 e 1831. Esta prisão flutuante era como a ponta de um *iceberg* que compreendia práticas antigas e de longa duração, que percorreram séculos para nela serem atualizadas, em um contexto muito específico, o do processo de dependência do Brasil: do cruzamento entre estruturas e conjunturas, a presiganga emergiu, de mares profundos para a superfície dos acontecimentos, dos eventos relativos à formação do estado nacional. Entre as práticas antigas, o trabalho forçado e a punição corporal, fizeram desse navio-presídio um receptáculo, uma arca que agregou signos antigos que diziam respeito à punição legal. Se, no passado, a presiganga era uma embarcação que servia como uma prisão, hoje, por ocasião do festejo dos duzentos anos da chegada da família real portuguesa ao Brasil, serve para pensar permanências e rupturas nas práticas de punição na história.¹⁸

Se, à época da escrita, a historiadora Paloma Fonseca apontava para o bicentenário da chegada da família real, *passado* escravocrata e presente democrático também comemoram a mesma distância temporal.

A presiganga passou a custodiar pessoas condenadas a degredo a partir de 1816, quando o navio que servia de prisão absorveu essa incumbência do presídio da Trafaria. Ao que tudo indica, o fato de o Brasil se tornar um reino fez com que a presiganga assumisse a função, na falta de um estabelecimento em terra e não sendo estranha aos portugueses a ideia de uma prisão marítima.¹⁹

Duzentos anos se passaram desde o primeiro *funcionamento* de presídio no Brasil. De acordo com a *narrativa jurídica*, muito se *evoluiu* do império para a democracia, da escravidão para o encarceramento. O tom narrativo, por sua vez, linear e evolutivo, conecta *escravidão* e *prisões* numa relação da *barbárie à civilização*.

Dessa feita, colocaremos à prova a linearidade histórica anunciada pelo direito, examinando a relação entre escravidão e encarceramento a partir da análise documental de duas fontes respectivamente ligadas a seu período histórico. Em que medida o resultado dessa comparação implica os discursos *politizados* da contemporaneidade enquanto partícipes da construção social?

¹⁸ FONSECA, Paloma Siqueira. A presiganga real (1808-1831): punições da Marinha, exclusão e distinção social. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009, p. 109.

¹⁹ FONSECA, Paloma Siqueira. A presiganga real (1808-1831): punições da Marinha, exclusão e distinção social. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009, p. 112.

2.1 Navio, navio-presídio e presídio

Notícias sobre prisões e pesquisas sobre a era da escravidão não costumam destoar tanto – dificilmente alguém olha para o período escravocrata, especialmente o tratamento dado aos corpos escravizados, e resgata algo de elogiável. Seja nas histórias dos castigos corporais, do rapto do continente africano, dos efeitos e continuidades da relação do Estado com o corpo negro, é certa a unanimidade em se referir à escravidão como um período péssimo, assim como em falar que *ele já passou*.

Quanto às prisões, superlotação, superencarceramento e falência prisional também são lugares-comuns – doenças, assassinatos, histórias riquíssimas em exemplos da violação clara e total de direitos, relatos assustadores de quem já passou por lá. Todavia, também é lugar-comum referir-se a ambas como momentos *diferentes*. Nesse sentido, a proposta comparativa deste trabalho é, a partir de pesquisa no *site* www.slavevoyage.org acerca do tráfico de escravos no Atlântico Sul, especialmente nas condições e características de alguns navios, e por uma análise documental em relatórios de vistoria prisional do Mecanismo de Combate à Tortura/RJ, apontar continuidades e rupturas, ou confirmar a linearidade de passado e presente.

2.1.1 Fontes

Sendo assim, antes de trazer à tona um pouco do material analisado, vale a pena apresentar as fontes, a saber, tanto as que utilizamos para o período escravocrata quanto para o atual. O Banco de Dados do Tráfico Transatlântico de Escravos, disponibilizado em nossa primeira fonte, via internet, é o resultado de uma série de encontros acadêmicos entre pesquisadores que, desde os anos 1960, coletam informações sobre as viagens de navios negreiros e as codificam em bases eletrônicas. Como o próprio se apresenta:

O Banco de Dados do Tráfico Transatlântico de Escravos reúne informações sobre quase 36.000 viagens negreiras que embarcaram à força mais de 10 milhões de africanos para serem transportados até as Américas, entre os séculos XVI e XIX. O número real sendo estimado em até 12,5 milhões.²⁰

Atualmente, os pesquisadores principais são vinculados à Universidade de Emory, em Atlanta, nos EUA,²¹ mas recebem colaborações de centros de pesquisa do mundo inteiro. Nossa outra fonte, referente ao período democrático, são os relatórios de vistoria prisional produzidos pelo Mecanismo de Combate à Tortura do Estado do Rio de Janeiro, órgão legislativo responsável pela fiscalização de unidades de privação de liberdade no território fluminense no tocante à violação de direitos humanos.

²⁰ Disponível em: <<http://www.slavevoyages.org>>.

²¹ Mais informações, acessar seção específica acerca da equipe de pesquisadores. Disponível em: <<http://www.slavevoyages.org/about/team>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Acredita-se que, com essas diferentes fontes documentais acerca do passado e do presente, fases contínuas da *execução penal*, como Neder apontou, pode-se caminhar no sentido de questionar a linearidade evolucionista da sociedade, especialmente a contada pelos diplomas jurídicos, colocando à prova o que anunciam.

2.1.2 Viagens do passado

[...]

*Era um sonho dantesco... o tombadilho
Que das luzernas avermelha o brilho.
Em sangue a se banhar.
Tinir de ferros... estalar de açoite...
Legiões de homens negros como a noite,
Horrendos a dançar...*

*Negras mulheres, suspendendo às tetas
Magras crianças, cujas bocas pretas
Rega o sangue das mães:
Outras moças, mas nuas e espantadas,
No turbilhão de espectros arrastadas,
Em ânsia e mágoa vãs!*

*E ri-se a orquestra irônica, estridente...
E da ronda fantástica a serpente
Faz doudas espirais ...
Se o velho arqueja, se no chão resvala,
Ouvem-se gritos... o chicote estala.
E voam mais e mais...*

*Preso nos elos de uma só cadeia,
A multidão faminta cambaleia,
E chora e dança ali!
Um de raiva delira, outro enlouquece,
Outro, que martírios embrutece,
Cantando, geme e ri!*

*No entanto o capitão manda a manobra,
E após fitando o céu que se desdobra,
Tão puro sobre o mar,
Diz do fumo entre os densos nevoeiros:
"Vibrai rijo o chicote, marinheiros!
Fazei-os mais dançar!..."*

*E ri-se a orquestra irônica, estridente. . .
E da ronda fantástica a serpente
Faz doudas espirais...*

*Qual um sonho dantesco as sombras voam!...
Gritos, ais, maldições, preces ressoam!
E ri-se Satanás!...
[...]*

O Navio Negroiro,
CASTRO ALVES

A análise de alguns dados de nossa primeira fonte nos aponta, em números, a realidade descrita difusamente sobre as *condições* de um navio negroiro. Sem pretensão de um rigor específico sobre determinado navio, as viagens ultramarinas do século XIX já nos colocam num horizonte mais ou menos determinado de condições de vida – no caso de navios negroiros, ou navios “tumbeiros”, com toda a história da escravidão em nossa memória, não fica difícil imaginar o quão degradante devia ser a viagem, para além do fato de estar ali a contragosto, capturado, raptado.

Não à toa, o poema *O Navio Negroiro*, de Castro Alves, é tão contundente em seus versos, remontando às dores de um trajeto ultramarino do século XIX que servia de transporte ao rapto de humanos para serem escravizados. Logo, como anunciara, o banco de dados fornece resultados em seu sistema de busca a partir de determinados filtros, quantificando ou nomeando diversas categorias.

A pesquisa organizada pela equipe traz, por exemplo, dados interessantes que indicam o nome, o tempo de operação, o número de viagens e de escravos transportados nesse período, assim como quantos faleceram nessa empreitada. Tem-se, por exemplo, a embarcação Amável Donzela, que operou de 1788 a 1806, com 3.838 escravos transportados, sendo que 298 faleceram durante as viagens; Boa Intenção, que operou de 1798 a 1802, com 845 escravos transportados e 76 mortes; Brinquedo dos Meninos, 1800 a 1826, com 2.959 escravos transportados e 220 mortes; Caridade, de 1799 a 1836, com 6.263 escravos transportados e 392 mortes; Feliz Destino, 1818 a 1821, com 1.035 transportados e 104 mortes; Feliz Dia a Pobrezinhos, 355 transportados e 120 mortos; Regeneradora, que batizou três embarcações e em apenas dois anos (1823-1825) traficou 1.959 pessoas, com 159 mortes.

Sobre tais viagens, *do tempo da escravidão*, cabe ressaltar trechos de pesquisas que versam sobre seu percurso ou alguma parte dele:

O navio apanhara na costa da África 336 homens e 226 mulheres, perfazendo um total de 562 e ficara ao largo 17 dias, durante os quais foram atiradas ao mar 55 pessoas. Os escravos ficavam enclausurados sob escotilhas com grades, entre conveses; o espaço era tão pequeno que se sentavam uns entres as pernas dos outros, e se apertavam tão juntos que não havia possibilidade de mudar de posição, noite e dia... por cima das escotilhas ficava um indivíduo de aspecto feroz, com um látero de muitas pontas na mão, e assim que ouvia o menor ruído lá embaixo ameaçava a todos

com ele, parecendo ansioso para usá-lo... Mas o que nos causou maior impressão foi imaginar como seria possível existirem tantos seres humanos agrupados e apertados como estavam, em celas baixas, de três pés de altura, ficando isolados da luz e do ar fresco, exceto aqueles que se encontravam diretamente embaixo do gradeado, e isso quando a temperatura ao ar livre, na sombra do nosso convés, marcava 89 graus F... Não era de admirar que tivessem muitos doentes e mortos durante a viagem. Tinham partido da costa da África no dia 7 de maio, estavam navegando há 17 dias, e tinham lançado às ondas nada menos que 55 pessoas mortas de disenteria ou outras causas, embora tivessem partido com saúde. Na verdade, muitos dos sobreviventes podiam ser vistos estirados nos conveses, no último grau de definhamento, num estado de miséria e sujeira que fazia mal aos olhos.²²

Sobre a viagem e especialmente a chegada das viagens no Brasil:

Eis uma narrativa oficial da época. – À medida que os escravos chegam a Ajudá, vindos das terras interiores, são postos todos numa cabana ou prisão, construída para esse fim, perto da praia; e quando os europeus (nós) estão prontos para receber, são trazidos para um terreiro amplo, onde os médicos a bordo, examinam minuciosamente os homens e mulheres, os quais estão completamente nus. Aqueles que são considerados em boa condição física são mandados para um lado, e os outros, separados; os escravos rejeitados são chamados de makrons, os de mais de 35 anos de idade; os que têm defeitos nos lábios, olhos, dentes ou que já estão grisalhos; os que sofrem de doenças venéreas ou qualquer outra imperfeição. Às vezes, a cada rejeição por parte do europeu, (nós) o rejeitado é imediatamente morto pelo mercador africano que, irritado por ter um produto seu recusado, às vezes oferece-o, gratuitamente, apenas para não adquirir a fama de vendedor de produto estragado; se recusamos aceitar o escravo, a título de presente, ele mata-o, para caracterizar que o mau produto não existiu. Depois de aqueles terem sido assim aprovados e separados, cada um dos outros, é marcado no peito com um ferro em brasa, recebendo o estigma das companhias francesas, inglesas, espanholas ou portuguesas, para que cada uma dessas nações possa distinguir os seus, evitando assim, que sejam trocados pelos nativos, por outros piores, como seriam muito capazes de fazer.²³

²² HUBERMAN, Leo. *História da riqueza dos EUA (Nós, o Povo)*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1978, p. 9-10.

²³ FONSECA JÚNIOR, Eduardo. *Zumbi dos Palmares: a história que não foi contada*. São Paulo: Yourubana do Brasil Editora, 1988, p. 103.

2.1.3 Viagens ao presente

Dando continuidade à análise de dados, saímos das viagens do passado do tráfico negreiro e fazemos uma viagem ao presente, explorando a atualidade da execução penal no Estado do Rio de Janeiro, na democracia contemporânea, a partir dos relatórios de 2015 e 2016 do Mecanismo e da Defensoria Pública. Com relatórios temáticos – do Mecanismo – e individuais, respectivos a uma unidade prisional – da Defensoria –, a pesquisa encontrou, via de regra, certo estado de normalidade: superlotação prisional, relatos de agressões e tortura, problemas no que tange a saúde, alimentação, assistência social, visitaçã, regras e penalizações durante a execução penal etc.

Com diversas alusões a violações de direitos humanos, garantias constitucionais e ao cumprimento da pena regulado pela Lei de Execuções Penais, os relatórios revelam, além de insuportáveis realidades vividas dentro do cárcere, constante desrespeito a leis da democracia, do presente. Se isso é senão comum na sociedade há muito tempo, o Judiciário se posicionou – no julgamento da liminar da ADPF nº 347, que tratava sobre o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, a Suprema Corte pontuou que no “sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, de sorte que as “penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas”.

Sobre isso, destaca-se um trecho de um dos relatórios:

As celas foram designadas para abrigar seis presos, segundo a direção. Segundo a LEP, este número de presos teria direito a, no mínimo²⁴, 36m² na cela, o que claramente não é a realidade; mas não apenas isso, já que há mais de seis presos por cela, agravando a nocividade do encarceramento e desrespeitando largamente o limite mínimo para que este se justifique. Assim, a superlotação e o sofrimento da prisão encontram suas consequências em outros elementos: falta de colchões, de comida, de material de higiene pessoal, de água; aumento de stress, de insegurança, do conflito entre presos e entre presos e agentes; insalubridade intensificada e proliferação de insetos e doenças. Desta maneira, tais quadros complementam um ao outro, agravando-se mutuamente. Paralelamente, e relacionando-se de maneira semelhante aos elementos supra, a falta de mobília e a falta de manutenção desta e de aspectos gerais da cela, desfiguram o que se entende como uma cela ideal, *legal*, em uma mistura da total ausência de serviços mínimos com a degradação destes mesmos quando oferecidos. Esta simbiose – comum à totalidade de presídios vistoriados por este núcleo – muitas vezes se manifesta em inovações que são tão originais quanto a

²⁴ Art. 88, b, LEP – b) área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados).

necessidade que as deu origem: prateleiras, porta objetos, camas, travesseiros, passatempos, reservatórios, varais, espanta-mosquitos, tampões, tomadas, fios, cabides, papel de parede, material de limpeza, talheres, pratos, copos e mais uma infinidade de objetos são fabricados pelos presos, nas condições mais adversas e com os materiais mais inusitados. Os efeitos desta necessidade, para além de considerações acerca da aceitação de si, contextualizada em uma sociedade consumista, *de posses*, é o surgimento de situações extremamente periclitantes para qualquer pessoa presente no presídio, especialmente os presos.

Interessante perceber a consistência dos dados sobre violação de direitos e o completo estado de *ilegalidade* dos presídios²⁵ nos relatórios do Mecanismo. As condições grotescas descritas nos documentos, como “infestação de percevejos ao ponto de mutilar a maioria dos presos”, “surto de sarna”, “mortes por tuberculose”, “comida estragada”, cheiros e condições de vida inomináveis, trazidas por fotos, não ficam atrás da repulsa de imaginar um cotidiano em um navio negroiro.

Outras reclamações, advindas da distância da pessoa amada, da família e dos amigos, são reportadas em alguns relatórios como sofrimentos tão grandes como o de viver em meio a tais condições – apesar de poucos relatórios narrarem, de maneira também trágica, presos com patologia psiquiátricas sem qualquer atendimento ou mesmo com o desenvolvimento desses males sem nenhum acompanhamento, o fato do atendimento nos presídios variar do nível insatisfatório até a ausência total pode encobrir grande número de problemas psicológicos, como a depressão.

Em relatório temático sobre as mulheres presas, o Mecanismo de Combate à Tortura pontua diversas dificuldades específicas ao encarceramento feminino, como rotinas preventivas médicas não poderem ser realizadas por falta de material e de profissionais, ao ponto de as detentas sequer receberem itens básicos, como absorventes. Explora, ainda, que esse tipo de encarceramento distancia os filhos da mãe, quando não os separa para sempre, assim como revela outra peculiaridade: se na prisão de homens o encarceramento funciona como um distribuidor de dores para os familiares, especialmente os que visitam, no caso feminino, a dor não encontra visitas e é reinvestida na mulher presa em tom de solidão e abandono.

Os relatórios trazem outras unanimidades, como a reclamação de presos e presas que, quando transportados por algum motivo, a unidade SOE – Serviços de Operações Especiais, da administração penitenciária estadual – tortura-os e agride-os de variadas formas – e a violência é gratuita e cotidiana.

²⁵ E aqui cabe ressaltar que, mesmo com a Suprema Corte assim reconhecendo, nada foi feito quanto aos réus presos, ou melhor, eles não foram soltos! Mesmo com a ilegalidade das prisões reconhecidas, por diversos substantivos e adjetivos, as medidas até então tomadas pelo STF foram no sentido de autorizar o Judiciário a decidir acerca de recursos e investimentos do Executivo para a área de execução penal e a criação das audiências de custódia.

2.2 Continuidades e rupturas

Na obra *The society of captives*, o sociólogo norte-americano Gresham Sykes, ao abordar os efeitos do encarceramento no indivíduo, em *The pains of imprisonment*, fala não só da igualdade na produção de dor ao corpo, comparando os castigos corporais à prisão, mas chega a afirmar que o confinamento é bem mais complexo:

These deprivations or frustrations of the modern prison may indeed be the acceptable or unavoidable implications of imprisonment, but we must recognize the fact that they can be just as painful as the physical maltreatment which they have replaced. As Maslow has indicated, there some frustrating situations which appear as a serious attack on the personality, as a “threat to the life goals of the individual, to his defensive system, to his self-esteem, or to his feelings of security.”²⁶ Such attacks on the psychological level are less easily seen than a sadistic beating, a pair of shackles in the floor, or the caged man on a treadmill, but the destruction of the psyche is no less fearful than bodily affliction and it must play a large role in our discussion.²⁷

As realidades das penitenciárias descritas pelos relatórios de órgão do Legislativo fluminense, em total descompasso com qualquer uma das leis democráticas contemporâneas, escancaram-se não só como *continuidade* de todo um regime altamente violento e autoritário, mas também como *ruptura* de uma narrativa que dava conta de uma superação humanística no decorrer da história.

Isso implica dizer que a sofisticação da execução penal se deu em muito no tamanho e na abrangência da burocracia criminal na sociedade. Da aceitação e participação da população como um todo no engendramento da ideia do castigo e da punição como prática social, nunca houve tanta gente presa no mundo,²⁸ tampouco no Brasil ou no Rio de Janeiro, este, outrora não à toa, a capital das Américas com mais negros.

²⁶ MASLOW, A. H. *Deprivation, threat and frustration*. Readings in Social Psychology. New York: Henry Holt and Company, 1947.

²⁷ Essas privações e frustrações da prisão moderna podem ser, de fato, as implicações aceitáveis ou inevitáveis de prisão, mas temos de reconhecer o fato de que elas podem ser tão dolorosas quanto os maus-tratos físicos que substituíram. Como Maslow indicou, há situações frustrantes que aparecem como ataque sério sobre a personalidade, como “ameaça aos objetivos de vida do indivíduo, para seu sistema defensivo, para sua autoestima, ou para os seus sentimentos de segurança”. Tais ataques ao nível psicológico são menos facilmente vistos que uma surra sádica, um par de algemas no chão, ou o homem enjaulado sendo torturado numa esteira, mas a destruição da psique não é menos temível que a aflição física e deve desempenhar grande papel na nossa discussão. Tradução livre.

²⁸ WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List (WPPL)*. London: Institute for Criminal Policy Research at Birkbeck, University of London, 2015. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016. Um comentário é pertinente a esses dados: quando se fala “mais de” é, provavelmente, “muito mais”; uma rápida análise nos dados do site, especialmente na população car-

CONCLUSÃO

Joaquim Nabuco, nos livros *O abolicionista* e *A campanha abolicionista – Eleições de 1884*, lembra algumas vezes que a escravidão seria o primeiro alvo dos abolicionistas, sendo seu maior desafio os efeitos que a própria existência daquela causara na sociedade. Ao apontar uma fissura, uma *ruptura* na linearidade da história do direito, no seu tom narrativo evolucionista, que consagra à democracia contemporânea uma realidade *sem erros, menos pior do que um passado*, este *paper* procura causar o estranhamento naquilo que temos como presente.

Se não mudamos muito do *passado* que condenamos, ou melhor, ele até mesmo ficou mais aceitável e ao mesmo tempo mais doloroso para as pessoas que sofrem suas consequências durante a execução penal, o que isso tem a ver com nós mesmos? Em que medida, num clima de *defesa do presente* a qualquer custo, investindo nessa narrativa humanista que opõe passado e presente, barbárie e civilização, a quebra desse paradigma implica pensar nossa cidadania, nosso papel no processo de construção social? Não que daqui busquemos respostas ideais, caminhos concretos, a resposta da pergunta precipitada *O que fazer?* – antes, em que medida nos perguntar *O que tenho feito?* aponta para possibilidades de explicar o atual, e há certo tempo, *estado das coisas*.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio; BURIGO, Henrique. *Homo sacer, o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*: [Homo sacer, II, I]. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

_____. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha* [Homo Sacer, III]. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

AZEREDO, SERAFIM. A (des)criminalização da cultura negra nos códigos de 1890 e 1940. *Amicus Curiae*, v. 6, n. 6, p. 1-17, (2009), 2011.

BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas – magia e técnica, arte e política*. Vol. 1. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

FONSECA JÚNIOR, Eduardo. *Zumbi dos Palmares: a história que não foi contada*. São Paulo: Yourubana do Brasil Editora, 1988.

FONSECA, Paloma Siqueira. A presiganga real (1808-1831): punições da Marinha, exclusão e distinção social. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas – uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza dos EUA (Nós, o Povo)*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1978.

MASLOW, A. H. *Deprivation, threat and frustration*. Readings in Social Psychology. New York: Henry Holt and Company, 1947.

NABUCO, Joaquim. *Campanha Abolicionista no Recife – eleições de 1884*. Domínio Público. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1040/58.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. *O Abolicionismo*. Domínio Público. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1078/667747.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil – criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)*. 2. ed. Niterói/RJ: Editora UFF, 2012.

SYKES, G. M. *The society of captives: a study of a maximum-security prison*. Princeton: Princeton University Press, 1958.

WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List (WPPL)*. London: Institute for Criminal Policy Research at Birkbeck, University of London, 2015. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

LEI DE COTAS NAS UNIVERSIDADES E INSTITUTOS FEDERAIS: MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL NO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO

LAW OF QUOTAS IN UNIVERSITIES AND FEDERAL INSTITUTES: MATERIALIZATION OF THE PRINCIPLE OF SUBSTANTIAL EQUALITY IN THE BRAZILIAN EDUCATIONAL SYSTEM

Gustavo Torquato Sousa

Advogado inscrito na OAB-CE. Bacharel em Direito pela Faculdade Farias Brito 2015.2. Pós-Graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas
torquatoadvogado@yahoo.com.br.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo discutir a constitucionalidade da Lei nº 12.711/2012, que trata do sistema de cotas nas instituições federais de ensino superior. Para tanto, percorre-se um caminho histórico-cultural na formação da sociedade brasileira, com o estudo sobre os grupos étnicos responsáveis pela construção social do país desde o período colonial até a composição miscigenada contemporânea. Estabelece-se um paralelo com a origem das ações afirmativas no constitucionalismo pátrio, avaliando a evolução da implementação de políticas públicas dessa natureza. Por fim, são analisados os efeitos produzidos pela lei cotista na educação nacional sob o prisma do direito social à educação e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Palavras-chave: Miscigenação. Cotas no ensino superior. Constitucionalidade.

Abstract: This paper aims to discuss the constitutionality of Law nº 12.711 / 12, which deals with the quota system in federal universities. For this, a historical-cultural path is traced in the formation of Brazilian society with the study about ethnic groups responsible by social construction of the country since colonial period to the contemporary miscegenation. It establishes a parallel with the origin of affirmative actions in the constitutionalism of the country, evaluating the evolution of the implementation of this kind of public policies. Finally, we analyze the effects produced by the quota law in national education from the point of view of the social right to education and the principles of human dignity, material equality, proportionality and reasonableness.

Keywords: Miscegenation. Quotas in higher education. Constitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir os aspectos constitucionais da lei de cotas nas universidades e institutos federais, analisando o caráter político-cultural que ela denota.

Para tanto, preliminarmente, na análise dos aspectos instrumentais da norma, faz-se um aparato histórico dos componentes sociais de formação do Estado brasileiro, perquirindo acerca das relações étnico-raciais e de subordinação em razão de capacidade econômica. Nesse aspecto, duas premissas servem como mote: existiram relações de domínio político, social e econômico entre os grupos que inauguraram a composição da sociedade brasileira? De que ordem esses valores interferiram no atual cenário social pátrio?

Nesses questionamentos, os instrumentos teóricos utilizados para encontrar as respostas são oriundos de obras clássicas da antropologia, fontes indispensáveis na perquirição dos elementos fundadores da sociedade brasileira. *Casa-grande e senzala*, de Gilberto Freyre, *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, e *Formação econômica do Brasil*, de Celso Furtado, forneceram subsídios para a construção das primeiras linhas do trabalho.

A Lei nº 12.711/2012, sancionada em agosto de 2012, garante a reserva de 50% das matrículas por curso e turno nas 59 universidades federais e nos 38 institutos federais de educação, ciência e tecnologia a alunos oriundos integralmente do ensino médio público, em cursos regulares ou da educação de jovens e adultos. Os demais 50% das vagas permanecem para ampla concorrência. A lei é regulamentada pelo Decreto nº 7.824/2012, que define as condições gerais de reservas de vagas, estabelece a sistemática de acompanhamento das reservas de vagas e a regra de transição para as instituições federais de educação superior. Há, também, a Portaria Normativa nº 18/2012, do Ministério da Educação, que estabelece os conceitos básicos para aplicação da lei, prevê as modalidades das reservas de vagas e as fórmulas para cálculo, fixa as condições para concorrer às vagas reservadas e estabelece a sistemática de preenchimento dessas vagas.

O estudo dogmático das disposições da lei de cotas é necessário na medida em que permite compreender a sistemática unificadora nas instituições federais no que cinge ao limite legal vigente para distribuição de vagas no ensino superior. Diante desse processo seletivo, surgem dois questionamentos: quais são os critérios elencados pela norma para preenchimento das vagas nas instituições federais de ensino? Esses critérios são uniformes em toda a Federação brasileira?

Dessa forma, a lei objeto do estudo, o decreto e a portaria que a regulamentam funcionam como instrumentos da completa compreensão do sistema de cotas implementado em nível federal.

Não obstante a percepção dos fundamentos legais, é imprescindível para a discussão sobre a legitimidade do instituto o conhecimento do gênero ações afirmativas, contexto histórico e origem constitucional brasileira. Também nesse ponto lançam-se algumas questões: quais são as espécies de ações afirmativas, suas características e o incremento no sistema constitucional brasileiro? De que modo essas medidas auxiliam nos contornos discriminatórios em seus variados níveis?

Esse estudo é feito com base na classificação doutrinária trazida por Joaquim Barbosa, que reflete sobre as diversas espécies de discriminações e teoriza o tema na aplicação das ações afirmativas.

O próximo estágio do trabalho gravita sobre o debate da constitucionalidade do sistema de cotas, em especial no tocante à Lei nº 12.711/2012. Para isso, utilizam-se cinco vetores: i) direito social à educação; ii) princípio da dignidade da pessoa humana; iii) igualdade; iv) proporcionalidade; e v) razoabilidade.

Além da contextualização teleológica de cada um dos elementos apontados na ordem constitucional pátria, imprescindível o desdobramento conceitual dessas premissas jurídicas para enquadramento na situação proposta: a discussão do caráter constitucional ou inconstitucional da norma objeto.

1. FORMAÇÃO SOCIOCULTURAL E ECONÔMICA DO ESTADO BRASILEIRO

1.1 Colonização portuguesa: sociedade rural, patriarcal e aristocrata

Quando os colonizadores portugueses chegaram ao Brasil, se depararam com um cenário rico em cores e formas em uma terra até então ocupada por povos indígenas. No entanto, a diversidade cultural não era fato novo para os lusitanos. De formação étnica mesclada pelas influências europeia e africana, a sociedade portuguesa logo se proliferou pelos mais diversos cantos do mundo.

A facilidade com que desenvolvia as relações com outros povos, fruto de um espírito aventureiro, descobridor e maleável às diferentes condições espaciais e temporais, fez que o colonizador português obtivesse êxito como nenhum outro povo sequer igualou.

E, conforme ensinamentos de Sérgio Buarque de Holanda,

Nesse ponto, precisamente, os portugueses e seus descendentes imediatos foram inexcedíveis. Procurando recriar aqui o meio de sua origem, fizeram-no com uma facilidade que ainda não encontrou, talvez, segundo exemplo na história. Onde lhes faltasse o pão de trigo, aprendiam a comer o da terra, e com tal requinte, que – afirmava Gabriel Soares – a gente de tratamento só consumia farinha de mandioca fresca, feita no dia. Habitaram-se também a dormir em redes, à maneira dos índios.¹

A sociedade colonial brasileira, então, formou-se sob a base da agricultura, em um sistema patriarcal da família. No século XVI, a colonização portuguesa no Brasil identificou-se por um domínio quase exclusivo da família rural ou semirural.

O colonizador português, nesse aspecto, se destaca entre todos os colonizadores modernos, cujo núcleo da colonização se dava no comércio e na extração de riqueza mineral. No Brasil, os portugueses utilizaram-se do desenvolvimento de riqueza vegetal por meio do capital e do trabalho particular,

¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 46-47.

da atividade agrícola e da lavoura escravocrata. Ademais, a proximidade dos nativos, em especial da mulher, como elemento de força de trabalho e componente para formação familiar, fincou as raízes portuguesas no território brasileiro.

A composição racial brasileira, durante quase todo o século XVI, esteve exposta à interferência estrangeira. O colonizador não primava pela unidade ou pureza de raça, estando a composição apenas condicionada à fé ou à religião católica. O que temia o português era o enfraquecimento do elo fincado junto ao catolicismo.

Aduz Gilberto Freyre² que “durante quase todo o século XVI a colônia esteve escancarada a estrangeiros, só importando às autoridades coloniais que fossem de fé ou religião católica”.

1.2 A influência indígena na formação da família brasileira

O desequilíbrio do nativo com o meio físico marca a chegada europeia ao continente americano. O comportamento espanhol diante dos incas, astecas e maias, por exemplo, deu-se no sentido de dissolver os valores nativos existentes no tento de exterminar uma cultura semicivilizada. Já os ingleses, em virtude da pureza racial que sustentavam e diante da miscigenação e das diferentes cores e costumes, evitavam o contato com o povo colonizado.

Nesse cenário, os portugueses, menos ardentes na ortodoxia que os espanhóis e mais indiferentes que os ingleses quanto à cor e à moral cristã, chegaram à América como um dos povos mais maleáveis do continente europeu.

A parte da América ocupada pelos portugueses surpreende como cultura principiante, sem oferecer a oposição característica das grandes civilizações americanas. Entretanto, entre os indígenas da terra nativa de pau-de-tinta, um aspecto foi fruto de resistência: o vegetal.

Por outro lado, o invasor português, diante de suas características, pouco numeroso, logo envolveu-se com o elemento nativo, de modo que, para o trabalho e a descoberta de novo espaço na terra ocupada, serviu-se do homem e, para a formação familiar, serviu-se da mulher.

Importante evidenciar que as características nativas do indígena em muito contribuíram para que não nascesse aos olhos do colonizador o desejo de exterminar o seu povo. A pouca ou quase nenhuma oposição, limitada à proteção da floresta, evitou que o destino fosse semelhante ao dos grupos vizinhos do continente.

Nesse aspecto, destaca-se a sociedade brasileira, de longe a mais harmônica dentre os povos da América nas relações entre as diferentes etnias. O ambiente de reciprocidade cultural rendeu o máximo de aproveitamento de valores e experiências dos povos colonizados pelo colonizador. De acordo com Holanda,³ “longe de condenar os casamentos mistos de indígenas e brancos, o governo português tratou, em mais de uma ocasião, de estimulá-los”.

² FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 50. ed. São Paulo: Global, 2005, p. 91.

³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 56.

1.3 Elementos sociais oriundos da etnia negra

Insurge entre alguns historiadores do Brasil a ideia da superioridade técnica e artística dos negros em face dos indígenas. Explica-se em virtude da maior concorrência que os negros tiveram para a formação econômica e social do país.

A predisposição biológica e psíquica negra para a habitação nos trópicos foi fator de grande relevância para a vantagem sobre os indígenas. A melhor adaptação ao clima quente, o gosto pelo sol e a familiaridade com a floresta tropical determinaram o fortalecimento da presença africana em território brasileiro.

Na psicologia moderna comportamental, equivocadamente não seria atribuído ao ameríndio a qualidade de introvertido e ao negro a de extrovertido. A difícil adaptação indígena, a timidez à nova formação cultural e econômica com a chegada do colonizador contrastam com o tipo de vida fácil e moldável do negro. Aos indianófilos, entretanto, não faltam argumentos acerca da superioridade moral do indígena no Brasil, segundo os quais a esse povo atribui-se gesto de grandeza à recusa do trabalho nos canaviais portugueses.⁴

O perfil do colonizador contribuiu para a composição da raça negra no território recém-formado. Para os ingleses, por exemplo, o critério importador escravista foi quase que totalmente o agrícola. A energia bruta, animal, com predileção pelo porte negro resistente, forte e barato. Para o Brasil, assevera Freyre,⁵ “a importação de africanos fez-se atendendo-se a outras necessidades e interesses. À falta de mulheres brancas: às necessidades de técnicos em trabalho metal, ao surgirem as minas”.

Os escravos de cultura negra mais elevada trouxeram um importante elemento ativo e até mesmo nobre na colonização brasileira, submissos apenas pela condição de escravos. Não se comportaram somente como animais de tração e força de enxada a serviço da atividade agrícola; exerceram papel civilizador. Três aspectos definem a relevância da cultura negra no período colonial: o trabalho de metais, a criação de gado e a culinária, que no Brasil enriqueceu-se e refinou-se com a contribuição africana.

Muitas das práticas ligadas à criação de gado eram de origem africana. O trabalho de ferreiro foi transmitido aos mestiços de índios e brancos pelos escravos negros. Aliás, diante dos caboclos, foram os negros o elemento colonizador europeu. Elemento de intermédio com os portugueses e com a própria Igreja. E não só serviram como mediadores entre indígenas e portugueses, mas cumpriram função original, comunicando à sociedade em construção elementos valiosos da tradição africana.

1.4 Miscigenação: explosão de cores, formas e diversidade cultural na instituição da sociedade brasileira

Os povos elementares na formação cultural, social e econômica da sociedade brasileira interligaram-se de maneira que produziram efeitos impactan-

⁴ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 50. ed. São Paulo: Global, 2005, p. 371.

⁵ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 50. ed. São Paulo: Global, 2005, p. 389.

tes sobre a construção do novo Estado. Essa mistura de etnias originou tipos antagônicos e suscitou divergência quanto à natureza sociológica da miscigenação em território brasileiro.

Nas palavras de Edward E. Telles, a mistura racial:

[...] representa um conjunto de crenças sobre a raça que os brasileiros defendem, incluindo a ideia de que vêm há tempos se misturando racialmente mais do que qualquer outra sociedade, e de que os não-brancos encontram-se incluídos na sociedade brasileira.⁶

O cerne da questão que envolve o caráter miscigenado da cultura brasileira se debruça sobre o embate entre a inclusão e a exclusão racial. Uma classificação aceitável historicamente no estudo das relações raciais as divide em esferas distintas: a existência de pouca ou nenhuma discriminação racial e grande fluência entre as raças, a amplitude, generalização e transitoriedade da discriminação racial e o problema estrutural e persistente discriminatório.

O debate acerca da composição racial brasileira é feito entre gerações, de forma que a primeira difunde a ideia inclusivista e aceita a miscigenação em seu caráter positivista. Foi inteiramente desenvolvida por Gilberto Freyre, na década de 1930, seguida por estrangeiros como Donald Pierson, Marvin Harris, Charles Wagley e Carl Degler. Estes defendiam que a diferenciação entre raças era fruto do período escravista e da incorporação de valores tradicionais naquela cultura, entretanto era algo passageiro. Condicionada ao classicismo social, desenhava-se como algo praticamente irrelevante.

Ao final da década de 1950, a premissa de Freyre e seus seguidores foi antagonizada primordialmente pelo grupo liderado por Florestan Fernandes, que entendia que a manifestação democrática racial na sociedade brasileira era lenda.⁷ Esse grupo levantava a bandeira da existência generalizada do racismo, que, apesar de fincado em raízes escravistas e de seus efeitos sociais e psicológicos, era inaceitável para o período industrial e capitalista que se compunha à época, no qual os negros enfrentavam obstáculos na disputa com os brancos por um espaço no mercado de trabalho.

O Brasil foi, em 1888, o último país do hemisfério ocidental a abolir a escravidão, embora tal processo tenha sido lento na transição da aristocracia colonial à formação desenvolvimentista do Estado brasileiro.

Os estudos acerca da raça no Brasil iniciaram-se no final do século XIX, enquanto progredia o processo abolicionista, havendo-se uma preocupação com os efeitos raciais no desenvolvimento do país. Tais trabalhos inauguraram-se no campo científico, biológico e criminal, essencialmente na eugenia, que consistia no valor dado ao conhecimento hereditário para fins de procriação.

⁶ TELLES, Edward. *O significado da raça na sociedade brasileira*. Princeton e Oxford: Princeton University Press: 2004, p. 4.

⁷ Aduz Telles (2004, p. 6) que "Fernandes concluiu que o racismo era generalizado na sociedade brasileira, embora atribuisse à escravidão e a seus efeitos sociais e psicológicos a dificuldade que os negros teriam em competir com os brancos nos mercados de trabalho de sociedades de industrialização recente".

A eugenia, conforme preceitua Telles,⁸ “incluía ideias científicas sobre raça que na época consideravam os negros inferiores e os mulatos, degenerados”.

A pesquisa eugenista promoveu ações sociais para “aprimoramento” da raça brasileira.⁹ A imigração de europeus como mão de obra substitutiva à negra serviu como ponto ideal uniformizador da raça branca. Em São Paulo, as plantações de café foram responsáveis por subsidiar a chegada de estrangeiros vindos do continente europeu. A massificação da cultura europeia provocou mudanças estruturais no quadro étnico brasileiro.

Em 1872, único ano em que um censo nacional foi realizado durante o período escravagista, a população do Brasil era de cerca de 10 milhões de pessoas. Segundo esse censo, 37% da população eram compostos por brancos, 44% por pardos e 19% por pretos. A categoria pardos consiste na junção das categorias pardos (42%) e caboclos (1,8%) do Censo de 1872, sendo que essa última subcategoria se referia às pessoas de origem predominantemente indígena. Com o fim do tráfico de escravos, em 1850 (desde então poucos negros migraram para o Brasil), o tamanho da população preta diminuiu nos censos subsequentes. Em 1890, ano do primeiro censo após a abolição, os dados começaram a captar a influência da grande imigração europeia. A porcentagem da população branca em relação à população total do Brasil aumentou de 37% para 44% entre 1872 e 1890. A população parda decresceu de 44% para 41%, e a população preta caiu de 19% para 15%.¹⁰

Em virtude do estímulo modernizador proposto por Getúlio Vargas, o Brasil realizou o primeiro censo moderno no ano de 1940. A noção de que a raça não era mais vista como problema é percebida no trecho abaixo, extraído de uma publicação do governo brasileiro em 1950:

A preparação do recenseamento de 1940 desenvolveu-se num período em que as aberrações racistas pareciam estar encaminhadas para o predomínio no mundo. Todavia, a Comissão Censitária Nacional não somente quis manter-se fiel à tradição mais honrosa da moderna civilização brasileira da igualdade das raças, como também procurou eliminar até a suspeita de que o quesito referente à cor, introduzido no censo com objetivos puramente científicos, estivesse destinado a servir como instrumento preparatório de discriminações sociais.¹¹

⁸ TELLES, Edward. *O significado da raça na sociedade brasileira*. Princeton e Oxford: Princeton University Press: 2004, p. 27.

⁹ TELLES, Edward. *O significado da raça na sociedade brasileira*. Princeton e Oxford: Princeton University Press: 2004, p. 23.

¹⁰ TELLES, Edward. *O significado da raça na sociedade brasileira*. Princeton e Oxford: Princeton University Press: 2004, p. 24.

¹¹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estudos de estatística teórica e aplicada do IBGE – Vol. II. Estudos sobre a composição da população do Brasil segundo a cor*. Rio de Janeiro: IBGE, 1950, p. 8.

Os resultados do censo trouxeram várias revelações raciais ao Brasil, inclusive aquela de que a massiva imigração europeia aproximou o país da meta de branqueamento dos eugenistas. Em números, 64% dos brasileiros eram brancos em 1940, um incremento populacional de 20 pontos percentuais desde 1890. No período, o tamanho da população negra quase não se alterou, entretanto a população de mestiços caiu mais que a metade, de 41% para 20%. A população brasileira, analisando os números absolutos, obteve aumento quádruplo, entre os anos de 1872 e 1940, passando de 10 para 41 milhões.¹²

Entre os anos de 1940 e 1991, o levantamento de dados antropológicos iniciou a demonstração de que a miscigenação seria a fonte primordial de transformação racial na estrutura do país. Por meio de estudos, foi permitido perceber considerável diminuição da população preta, que migrou de 15% para 5%. Não obstante, a população de brancos também caiu de 64%, em 1940, para 52%, em 1991, voltando a crescer para 54% no ano 2000. O único contingente que apontou crescimento foi o pardo, passando de 21% para 43% no período indicado. Para o desespero da política eugenista, o que se viu nesse intermédio temporal foi o empardecimento, em vez do branqueamento da população brasileira. No mesmo período, houve crescimento impressionante da população brasileira, que de 41 milhões, em 1940, alcançou a marca de 153 milhões, em 1991. Sem maior influência das imigrações, houve aumento populacional natural, de 1940 a 1960, as mulheres tinham em média seis filhos e a expectativa de vida aumentou de 46 para 59 anos.¹³

O Censo 2000 mudou profundamente as perspectivas étnicas brasileiras. Revelou alteração em relação às pesquisas anteriores. O número de pardos decresceu enquanto o de brancos e pretos aumentou. A população preta passou de 5%, em 1991, para 6,1%, em 2000; a branca, de 52,1%, em 1991, para 53,4%, em 2000. E a parda caiu dos seus 42,1% para 38,9%. Asiáticos e indígenas figuraram juntos, de 0,7% para 0,8%.¹⁴ Esses números podem ser explicados pela deficiência na coleta de dados, até mesmo pela mudança classificatória racial, por meio da preferência pela concentração em pretos e brancos. No último censo, realizado em 2010, os pardos e pretos constituíam 51% da população nacional.¹⁵

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 Origem e espécies de ações afirmativas

O quadro político de combate à discriminação ganhou seus primeiros traços após a Revolução Francesa, cenário que revelou a intolerância estatal em face do comportamento discriminatório manifesto em suas diversas formas, o que consagrou a promoção igualitária das pessoas.

¹² TELLES, Edward. *O significado da raça na sociedade brasileira*. Princeton e Oxford: Princeton University Press: 2004, p. 31.

¹³ TELLES, Edward. *O significado da raça na sociedade brasileira*. Princeton e Oxford: Princeton University Press: 2004, p. 35.

¹⁴ TELLES, Edward. *O significado da raça na sociedade brasileira*. Princeton e Oxford: Princeton University Press: 2004, p. 35.

¹⁵ Censo brasileiro de 2010, realizado pelo IBGE.

Entretanto, para a precisa atuação intervencionista do Estado, é imprescindível compreender em sua exatidão os comportamentos violadores do princípio da igualdade, tarefa das mais difíceis.

Como estudo doutrinário importantíssimo e subsídio no entendimento das espécies de ações afirmativas, nos debruçemos sobre a classificação das modalidades de discriminação trazida por Joaquim B. Barbosa Gomes.¹⁶

2.1.1 Discriminação intencional ou tratamento discriminatório

Segundo Gomes,¹⁷ é no campo do direito internacional dos direitos humanos que encontramos as melhores definições para o fenômeno da discriminação. A primeira das categorias elencadas pelo doutrinador é a discriminação intencional – ou tratamento discriminatório –, a qual chama de “mais trivial forma de discriminação”, em virtude de a vítima do ato ser submetida a condição desigual exclusivamente em virtude de sua raça, cor, sexo, origem, ou qualquer outro fator que a diferencia da maioria dominante.

Destaca-se, então, nessa forma atentatória ao princípio da igualdade, a ineficácia da atuação proibitiva estatal em razão de sua fundamentação histórica de caráter cultural, psicológico, de modo que essas práticas discriminatórias se fixem na percepção coletiva, tornando-se irrelevantes aos olhos de quem não seja vítima. O autor elenca como sociedades onde facilmente se percebem tais condutas as de passado escravocrata e patriarcal, nas quais negros e mulheres foram subjugados a patamares inferiores, como no Brasil.

2.1.2 Modalidades legítimas de discriminação

Em seguida, Gomes aponta exceções à discriminação, as quais chama de modalidades legítimas. A primeira delas é encontrada nas relações de emprego, nas quais o caráter das atividades ou do empreendimento, em algumas situações, pode legitimar espécies de discriminação. Como exemplo, o direito brasileiro possibilita a utilização da condição sexual como fator de diferenciação de certas atividades. Dessa forma, algumas exigências são plenamente admissíveis, dentre as quais a exigência do sexo feminino para ocupação em cargo de guarda em presídio feminino.

A derradeira exceção é a conhecida como “discriminação positiva”, ou ação afirmativa. Caracterizada como de “caráter redistributivo e restaurador”, é utilizada para correção de uma situação historicamente comprovada como desigual. Consistindo em cancelar o tratamento preferencial a uma categoria historicamente discriminada, para evitar que a igualdade formal, imperativo de lei, se perpetue como fator de desigualdade, encontra guarida em sua natureza temporária e nos objetivos sociais que visa alcançar.

¹⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

2.1.3 Discriminação por impacto desproporcional ou adverso

Valendo-se do direito comparado, Gomes¹⁸ revela a importância prática da teoria do impacto desproporcional, originária do direito americano.

Com base na concreção do princípio da igualdade e na reação ao comportamento discriminatório, conforme a teoria, busca-se combater a “discriminação indireta”, aquela pautada não em atos concretos, mas em condutas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, entretanto revestidas de potencial discriminatório. Por diversas vezes, a violação ao princípio da igualdade advém da própria norma jurídica, cujos comandos indiretamente atingem desproporcionalmente classes ou grupos sociais determinados. Nessa esteira, segundo a teoria americana, práticas e atos empresariais, políticas governamentais ou semigovernamentais, de caráter legislativo ou administrativo, devem ser condenados como violadores do princípio da igualdade material, caso em decorrência deles resultem graves consequências de natureza desproporcional sobre certos grupos de indivíduos, ainda que não haja intento discriminatório.

2.1.4 Discriminação na aplicação do direito

Outra hipótese discriminatória que em muito se assemelha à teoria do impacto desproporcional é a discriminação na aplicação do direito. Nessa modalidade, o ato normativo ou a decisão concreta impugnada caracteriza-se pela ausência, ainda que manifesta, da intencionalidade. Na verdade, essa modalidade pode se apresentar de duas formas. Na primeira, o caráter discriminatório persiste apesar de a norma aplicada ao caso concreto não apresentar indicativo de que tenha sido posta com objetivo de discriminar determinado grupo. A segunda é caracterizada pelas situações em que a norma regente de uma relação jurídica, embora neutra, é concebida com propósito não manifesto de prejudicar determinado contingente social. Em qualquer caso, a identificação da prática discriminatória ocorre pela análise dos elementos concretos, obtidos conforme aplicação da regra suspeita, haja vista a dificuldade de constatar de plano o caráter intencional objetivamente camuflado atrás da norma impugnada.

2.1.5 Discriminação de fato

A discriminação de fato também pode se apresentar como modalidade do gênero discriminatório. Essa decorre da indiferença legislativa e administrativa das autoridades públicas que, em seu poder decisório, na implementação de políticas governamentais, desprezam as peculiaridades de categorias minoritárias, institucionalizando as práticas de discriminação.

2.1.6 Discriminação manifesta ou presumida

Por último, a discriminação manifesta ou presumida, na qual,

¹⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

Em determinadas situações, especialmente no campo das relações de emprego, a discriminação (ou muitas vezes os efeitos presentes de uma discriminação do passado) é tão flagrante, visível, incontestável, que o Direito finda por considerá-la presumida.¹⁹

Diante das múltiplas facetas da discriminação, a alteração na postura do Estado, passando de uma neutralidade jurídica para uma atuação cada vez mais intervencionista, revela preocupação com a efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Da posição ativa estatal, nasceram as ações afirmativas, originárias dos Estados Unidos da América e, posteriormente, adotadas em vários países com adaptações à situação jurídica de cada um. As ações afirmativas são definidas por Gomes como:

Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e o emprego.²⁰

Em observação à adoção dessas medidas políticas, o Estado estabelece circunstâncias as quais leva em consideração para implementação e regulamentação de suas decisões. A partir delas, utiliza elementos até então inexplorados, como raça, cor e sexo, para definir os beneficiários de normas e direitos, como acesso à educação pública e melhores condições de trabalho. Tais mecanismos de atuação pública e privada visam à realização do objetivo constitucional da concreção igualitária em termos de oportunidades ofertadas a todos os seres humanos.

Os objetivos das ações afirmativas não se limitam ao combate dos atos discriminatórios atuais, porém visam primordialmente extinguir os efeitos oriundos da discriminação do passado que teimam em persistir. Ainda como propósito, as ações afirmativas primam pelo respeito à diversidade e maior representatividade das categorias minoritárias nos mais distintos âmbitos públicos e privados. Eficazmente, tais modelos funcionam como instrumento a serviço do que se chama ascendência social. São incentivos à educação e ao crescimento de jovens que compõem as classes menos favorecidas economicamente.

Conforme delineado, no desempenho estatal, destacam-se dois tipos de políticas públicas destinadas ao combate à discriminação e aos seus efeitos:

¹⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 31.

²⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

a) aquelas contidas em normas de caráter proibitivo que visam obstar o aparecimento das formas de discriminação; e b) as que, em vez de somente inibirem tais condutas, por intermédio de táticas de promoção e afirmação de direitos, fincam a necessidade da concretização efetiva do princípio da igualdade universal. As primeiras são de caráter eminentemente repressor, e as segundas, de seio restaurador.

Essas últimas, as políticas governamentais de caráter positivo, ações afirmativas, têm como nascedouro a esfera executiva federal do governo e migram para as demais esferas e para o âmbito privado, tornando-se importante elemento de solução de controvérsias tomado pelo Judiciário quando da aplicação do princípio da igualdade.

Tendo como base a origem das decisões políticas das quais resultam ações afirmativas, Gomes nos traz outra relevante classificação.²¹ Tomando por orientação as premissas doutrinárias do autor, temos as ações afirmativas que decorrem de políticas públicas consagradas pelo Poder Executivo, pelo Poder Judiciário e resultantes de iniciativa de natureza privada.

O Estado, mediante a aplicação de seus recursos financeiros, não deve se eximir da responsabilidade social de despendê-los da forma mais eficaz no que diz respeito à tática contra a discriminação. Para tanto, o dinheiro público tem de ser empregado em prol da coletividade, o que prima pela atuação consciente estatal em relação aos particulares, evitando que práticas violadoras dos direitos das minorias sejam financiadas pelo Erário. Além disso, é essencial garantir que tais riquezas sejam instrumentos na extinção de desigualdades sociais.

O papel do Judiciário na adoção de medidas de caráter positivo contra a discriminação não é condicionado exclusivamente ao controle exercido sobre os atos governamentais. A determinação de que se procedam reparações em situações jurídicas específicas individuais ou coletivas para eliminar efeitos negativos em atos atentatórios à igualdade social consubstancia importante intervenção estatal.

Entretanto, as práticas discriminatórias não decorrem apenas de políticas de caráter público, cabendo aos particulares comportamento comissivo no combate às injustiças sociais e na promoção dos marginalizados, tendo em vista a natureza jurídica redistributiva das ações afirmativas.

2.2 Políticas de ações afirmativas no direito constitucional brasileiro

O quadro histórico norte-americano inspirou a chegada da política de ações afirmativas ao Brasil cerca de três décadas depois. A discussão sobre as ações afirmativas se fixou em solo brasileiro em 1995, durante as celebrações pelo tricentenário da morte de Zumbi, herói negro do Quilombo dos Palmares, degolado em 1695 pelos crimes de fuga e sedição.

Em 1996, o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para a valorização da População Negra, do Ministério da Justiça, definiu ações afirmativas como:

²¹ As ações afirmativas são fruto de decisões políticas oriundas do Poder Executivo, com o apoio, a vigilância e a sustentação normativa do Legislativo; do Judiciário, que chancela outros programas elaborados pelos demais poderes e implementa suas próprias medidas; e pela iniciativa privada.

Medidas especiais e temporárias, tomadas pelo Estado e/ou pela iniciativa privada, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros.²²

Ao longo dos anos, as constituições brasileiras deram maior ou menor atenção aos temas da liberdade e da igualdade de seus cidadãos, refletindo os ideais das revoluções humanistas, da qual a francesa, de 1789, é o maior exemplo.

A primeira Carta Magna, de 1824, atribuiu cidadania brasileira “aos que no Brasil tiveram nascimento, quer sejam ingênuos ou libertos”, entendendo-se como ingênuo o filho de escravo nascido em território pátrio. A Constituição republicana de 1891 também defendeu os princípios da liberdade, segurança individual e da propriedade presentes na Constituição imperial e deu ênfase à igualdade de todos perante a lei.

A seguinte, de 1934, inspirou-se nos valores da “unidade, liberdade, justiça e bem-estar social e econômico”. No seu art. 113, proclamou que “todos são iguais perante a lei”, trazendo no seu texto, ainda, que “não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.²³

Em 1937, tendo Vargas como signatário, abriu-se o espectro para valorizar “honra, independência, paz política e social, condições à segurança, bem-estar e prosperidade”. Redundou-se não tolerar a prática discriminatória e, no que concerne à matéria, limitou-se a proclamar que todos seriam iguais perante a lei. Entretanto, sob sua égide, travou-se uma batalha pela Consolidação das Leis do Trabalho, por intermédio da qual proibiu-se a diferenciação tangente aos rendimentos auferidos pelo prestador de serviços, baseada no sexo, nacionalidade ou idade. Ademais, tal imposição não se revelou suficiente para reparar as desigualdades, haja vista que, em termos práticos, o trabalho masculino continuou a ser mais valorizado financeiramente que o feminino. Ainda sob a vigência da Constituição de 1937, foi originado o Código Penal de 1940, com vigor de 1942 até os dias atuais. O legislador manifestou-se timidamente quanto ao combate à discriminação, limitando-se a dispor acerca dos crimes contra a honra e contra o sentimento religioso.

A Constituição da redemocratização, de 1946, não mais mencionava entre os impedidos ao sufrágio os mendigos. Reafirmou o primado da igualdade e rechaçou a proliferação de preconceitos de raça ou classe. Sob o amparo da Carta, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Proclamou-se a condição igualitária humana, nos seguintes termos:

²² BRASIL. Ministério da Justiça. *Grupo de Trabalho Interministerial para valorização da população negra*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

²³ BRASIL. *Constituição* (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.²⁴

Em 1951, tivemos a primeira lei penal versando sobre discriminação. Nessa, o ato discriminatório era tido como contravenção penal, e não como crime. Embora a criação legislativa tenha inovado na repressão à política discriminatória, o Judiciário tratou de frear tais avanços ao exigir dos particulares em cada caso a prova da ofensa específica, dificultando a configuração criminal e a consequente condenação.

Outros diplomas normativos marcaram tal época, como a lei sobre genocídio, de 1956, e a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), subscrita pelo país no ano de 1964, que dispôs sobre a definição de discriminação: “Toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião pública, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão”.²⁵

O diploma constitucional de 1967 manteve a formalização da igualdade de todos perante a lei, “sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”. Entretanto, de maneira inédita, acenava para a punição ao preconceito de raça, dando importante salto na vedação à prática, sobretudo no que diz respeito à proibição de sua difusão e ao tratamento delitivo dado à conduta, não mais apenas contravenção penal.

Em 1968, a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, com texto ratificado pelo Brasil, apareceu como instrumento efetivador da não discriminação por meio das ações afirmativas, as quais atingem seus objetivos ao propiciar aos grupos desprotegidos juridicamente o gozo igualitário ao exercício de direitos humanos e das liberdades.

A Constituição de 1969, cópia fiel do texto da antecessora, proclamava, nos mesmos moldes, a intolerância à discriminação.

Sendo documento institucional basilar, a Constituição Federal de 1988 não faz menção explícita às ações afirmativas. Elas, porém, têm sua imperatividade pressentida em diversos mandamentos.

O art. 1º, III, traz como fundamento da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana”. O art. 3º, I e III, da Carta Magna preconiza como objetivos fundamentais do Brasil “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, “a erradicação da pobreza e da marginalização” e “a redução das desigualdades sociais e regionais”. Além desses, no decorrer da Lei Maior, encontram-se diretrizes norteadoras da atuação estatal, nas diversas searas sociais, e sob a afetação dos mais variados gêneros.

²⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

²⁵ BRASIL. *Decreto nº 62.150*, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

No que concerne às relações internacionais, por exemplo, a Carta Magna de 1988 previu diretrizes concernentes aos direitos humanos. O repúdio ao terrorismo e no mesmo grau ao racismo foi consagrado no texto constitucional, no art. 4º, VIII, que ainda dispôs, no mesmo artigo, sobre cooperação entre povos para o progresso da humanidade.

O rol dos direitos e garantias fundamentais alberga um patamar intransponível de princípios orientados pela dignidade humana, como liberdade, igualdade, segurança e propriedade, além do que estabelece a punição à discriminação atentatória a tais direitos fundamentais e prevê a inafiançabilidade e imprescritibilidade do racismo.

Anteriores e posteriores à promulgação da Carta de 1988, leis esparsas regulamentaram o direito das minorias. A Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, que incluía entre as contravenções penais “a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor”, foi revogada pela Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985, que, ao manter teor similar, acrescentou às contravenções o preconceito motivado por gênero e estado civil.

A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que definia crimes resultantes de preconceito de raça e de cor, e ainda de etnia, religião e procedência nacional, foi alterada pela Lei nº 8.081, de 1990, e pela Lei nº 9.459, de 1997, que cominaram penas mais severas aos crimes e adentraram os meios de comunicação de massa e do entretenimento, determinando que 25% do espaço de produção de TV, cinema e teatro, além de 40% da participação em peças publicitárias, fossem reservados às minorias étnicas.

Acrescenta-se a esse rol a Lei nº 9.100/95, responsável por instituir cota mínima de 20% das vagas de cada partido ou coligação para a candidatura de mulheres. Após a sua criação, foi alterada de forma a garantir em cada partido e coligação a reserva de no mínimo 30% e no máximo 70% para candidaturas de cada sexo.²⁶

Outro importante documento interno a ser destacado no plano da afirmação do direito à igualdade é o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288/2010. Esse estatuto, com relevantes disposições, objetiva assegurar à população negra a concretização de igualdade de oportunidades, além da defesa de direitos sociais e o combate à discriminação.

Diversas leis estaduais disciplinam espécies de ações afirmativas, dentre as quais aquelas que instituem programas referentes à educação no ensino superior público: Lei Estadual nº 6.542/2004, de Alagoas; Leis nº 1.022 e 1.023, de 2006, do Amapá; Lei do Estado de Goiás nº 14.832/2004; dentre outras.²⁷

Em nível federal, além do mencionado Estatuto da Igualdade Racial, a recente lei sobre ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino médio e técnico, Lei nº 12.711/2012, é objeto de interessantes discussões. No próximo tópico passaremos à análise dogmática da norma.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabeleceu normas acerca do processo eleitoral, alterando as disposições da Lei 9.100/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

²⁷ Espécies de ações afirmativas. Disponível em: <<http://gema.iesp.uerj.br/dados/legislacao.html>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

2.3 Análise dogmática da Lei nº 12.711/2012

No ano de 2012, foi publicada a Lei nº 12.711, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio pela via de um sistema integrado de cotas. Com subsídio na norma, as instituições federais de ensino superior e médio têm que reservar, obrigatoriamente, vagas para pretos, pardos, indígenas, alunos de escola pública e de baixa renda.

Conforme estabelece o estudo do impacto da Lei nº 12.711/2012 sobre as universidades federais, desenvolvido pelo Grupo de Estudos Multidisciplinares de Ações Afirmativas, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro:

Antes da aprovação da lei nº 12.711/12, 40 das 58 universidades federais já praticavam alguma modalidade de ação afirmativa (cotas, bônus, reserva de sobrevagas e processos seletivos especiais), visando a grupos heterogêneos de beneficiários (alunos egressos de escolas públicas, pretos, pardos, indígenas, deficientes físicos, quilombolas, pessoas de baixa renda, mulheres negras, refugiados políticos, beneficiários de reforma agrária, entre outros).²⁸

Em face das disposições da nova lei, os dirigentes das instituições federais tiveram que se adaptar rapidamente aos critérios nela estabelecidos. Embora as políticas de ações afirmativas em desenvolvimento antes da aprovação da lei contemplassem uma variada gama de beneficiários, a norma cotista de 2012 fixou outros elementos.

Os mecanismos da lei estão dispostos nos artigos iniciais, com previsão dos beneficiários e do procedimento geral para preenchimento das vagas reservadas conforme critérios étnico-sociais.²⁹ Tanto as universidades federais quanto as instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão em cada concurso para ingresso, por curso e turno, no mínimo, 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio ou fundamental, no segundo caso, em escolas públicas (arts. 1º, *caput*, e 4º, *caput*, da lei).

No preenchimento dessas vagas reservadas, 50% deverão ser destinadas aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo *per capita*. Do mesmo modo, as vagas de que trata a lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção, no mínimo, igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, de acordo com o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (arts. 3º, *caput*, e 5º, *caput*). Quando não preenchidas as vagas conforme esses critérios, as remanescentes deverão ser ocupadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio/fundamental (conforme o caso) em escola pública.

²⁸ FERES JÚNIOR, João et al. *O impacto da Lei nº 12.711 sobre as universidades federais*. Levantamento das políticas de ação afirmativa (GEMAA). Rio de Janeiro: IESP-UERJ, setembro 2013, p. 7.

²⁹ BRASIL. *Lei nº 12.711*, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

A norma, então, estabeleceu quatro subcotas para ingresso no sistema educacional federal: a) candidatos egressos de escolas públicas; b) candidatos de escolas públicas e com baixa renda; c) candidatos pretos, pardos e indígenas de escolas públicas; e d) candidatos pretos, pardos e indígenas de escolas públicas e com baixa renda.

Para pleitear as vagas de que dispõe a lei, os candidatos devem seguir combinações diferentes de três procedimentos distintos, vejamos:

- a) É necessária a comprovação de que cursou todo o período do ensino médio ou fundamental na rede pública – o Regulamento nº 7.824, de 2012, disciplina as disposições da Lei nº 12.711/2012, de modo que estabelece quais estudantes podem pleitear as vagas reservadas pela norma cotista.³⁰ No que concerne aos cursos de graduação, somente aqueles que:

- a) tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, em cursos regulares ou no âmbito da modalidade de Educação de Jovens e Adultos; ou
- b) tenham obtido certificado de conclusão com base no resultado do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, de exame nacional para certificação de competências de jovens e adultos ou de exames de certificação de competência ou de avaliação de jovens e adultos realizados pelos sistemas estaduais de ensino.

Para os cursos técnicos de nível médio, os estudantes que:

- a) tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escolas públicas, em cursos regulares ou no âmbito da modalidade de Educação de Jovens e Adultos; ou
- b) tenham obtido certificado de conclusão com base no resultado de exame nacional para certificação de competências de jovens e adultos ou de exames de certificação de competência ou de avaliação de jovens e adultos realizados pelos sistemas estaduais de ensino.

O regulamento é explícito ao exigir que o candidato à vaga tenha cursado o ensino médio ou fundamental integralmente em instituições públicas de ensino, não sendo permitido o curso, ainda que parcial, em estabelecimento de caráter particular (art. 4º, § único). Dessa forma, a prova da conclusão dos estudos em instituição de caráter público é requisito essencial para postular uma das vagas de que trata a lei. O art. 5º, § 2º, da Portaria nº 18/2012 do Ministério da Educação³¹ traz informação complementar ao disposto no regulamento, de forma que: “As instituições federais de ensino poderão, me-

³⁰ BRASIL. Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7824.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

³¹ BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 18/2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/portaria_18.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2015.

diante regulamentação interna, exigir que o estudante comprove ter cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”.

- b) É indispensável autodeclarar-se pertencente à etnia indígena ou de cores preta ou parda – a lei informa que tais dados serão contrastados com aqueles oriundos dos censos realizados pelo IBGE, de forma a definir a proporção de vagas para a categoria PPI (pretos, pardos e indígenas) em cada unidade da Federação.
- c) O candidato deve apresentar comprovação de renda na hipótese em que concorra às vagas para baixa renda – esse critério é delineado na Portaria Normativa nº 18 do Ministério da Educação, que dispõe acerca dos requisitos para comprovação de renda dos candidatos que postulem as vagas previstas na lei. De acordo com a espécie normativa, apenas poderão pleitear as vagas reservadas de que trata a lei os estudantes que comprovarem a percepção de renda familiar bruta mensal igual ou inferior a 1,5 salário mínimo *per capita* (art. 6º, *caput*). A referida portaria do Ministério da Educação ainda estabelece o procedimento para cálculo da renda familiar *per capita* nos seguintes moldes:³²

- I – calcula-se a soma dos rendimentos brutos auferidos por todas as pessoas da família a que pertence o estudante, levando-se em conta, no mínimo, os três meses anteriores à data de inscrição do estudante no concurso seletivo da instituição federal de ensino;
- II – calcula-se a média mensal dos rendimentos brutos apurados após a aplicação do disposto no inciso I do *caput*; e
- III – divide-se o valor apurado após a aplicação do disposto no inciso II do *caput* pelo número de pessoas da família do estudante.

No cálculo dos rendimentos brutos percebidos por cada integrante do grupo familiar, são levados em consideração os rendimentos de qualquer natureza, a título regular ou eventual, inclusive aqueles provenientes de locação ou de arrendamento de bens móveis e imóveis (§ 1º do art. 7º). Entretanto, são excepcionados alguns rendimentos, de modo que não compõem o cálculo para apuração da renda familiar:

- I – os valores percebidos a título de:
- a) auxílios para alimentação e transporte;
 - b) diárias e reembolsos de despesas;
 - c) adiantamentos e antecipações;
 - d) estornos e compensações referentes a períodos anteriores;
 - e) indenizações decorrentes de contratos de seguros;

³² BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria Normativa nº 18/2012*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/portaria_18.pdf>. Acesso em: 23 abri. 2015.

- f) indenizações por danos materiais e morais por força de decisão judicial; e
- II – os rendimentos percebidos no âmbito dos seguintes programas:
 - a) Programa de Erradicação do Trabalho Infantil;
 - b) Programa Agente Jovem de Desenvolvimento Social e Humano;
 - c) Programa Bolsa Família e os programas remanescentes nele unificados;
 - d) Programa Nacional de Inclusão do Jovem – Pró-Jovem;
 - e) Auxílio Emergencial Financeiro e outros programas de transferência de renda destinados à população atingida por desastres, residente em Municípios em estado de calamidade pública ou situação de emergência; e
 - f) demais programas de transferência condicionada de renda implementados por Estados, Distrito Federal ou Municípios;

Esse instrumento normativo do Ministério da Educação disciplina de forma detalhada o cálculo para definição da renda do candidato à vaga reservada por cota, além de elencar de maneira elucidativa os elementos que devem compor a base para aferição da renda *per capita*. Entretanto, deixa a cargo das instituições de ensino a apuração e a comprovação das informações econômicas dos candidatos, por meio de procedimento interno.

A análise dos dados fornecidos pelos candidatos deverá ocorrer mediante procedimento de avaliação socioeconômica, disciplinado em edital próprio de cada instituição federal de ensino, conforme o disposto na portaria (art. 8º, *caput*). O edital de que trata a portaria normativa estabelecerá, dentre outros:

- I – os prazos e formulários próprios para a prestação e a comprovação dos dados socioeconômicos pelo estudante, após a confirmação de sua classificação dentro do número de vagas reservadas para o critério de renda;
- II – os documentos necessários à comprovação da renda familiar bruta mensal *per capita*, observado o rol mínimo de documentos recomendados que consta do Anexo II a esta Portaria.
- III – o prazo e a autoridade competente para interposição de recurso em face da decisão que reconhecer a inelegibilidade do estudante às vagas reservadas para o critério de renda; e
- IV – o prazo de arquivamento dos documentos apresentados pelos estudantes, que será no mínimo de cinco anos.

Para facilitar a colheita de dados por parte da instituição de ensino, o edital poderá prever a possibilidade de realização de entrevistas e de visitas ao

local de domicílio do estudante, bem como de consultas a cadastros de informações socioeconômicas (§ 2º do art. 8º). O Ministério da Educação, a fim de viabilizar às instituições de ensino o acesso a bases de dados que permitam a avaliação da veracidade e da precisão das informações prestadas pelos candidatos, poderá firmar acordos e convênios com órgãos e entidades públicas (§ 3º do art. 8º).

No que concerne à prestação de informações pelo candidato, os dados falsos apurados após a matrícula culminarão em seu cancelamento na instituição federal de ensino, desde que comprovados em procedimento que assegure o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo das sanções penais eventualmente cabíveis (art. 9º, *caput*).

A lei estabelece um cálculo do percentual de vagas reservadas de acordo com a composição de cor da população de cada estado, conforme dados do IBGE, como ilustrado no Gráfico 1:³³



Fonte: Ministério da Educação

Gráfico 1 – Grupos beneficiários do sistema de cotas da Lei nº 12.711/2012

³³ FERES JÚNIOR, João et al. *O impacto da Lei nº 12.711 sobre as universidades federais. Levantamento das políticas de ação afirmativa (GEMAA)*. Rio de Janeiro: IESP-UERJ, setembro 2013, p. 9.

Assim, em uma análise numérica das disposições da Lei nº 12.711/2012, um total mínimo de 50% das vagas, por curso e turno, nas instituições federais de ensino superior e de ensino técnico, deverá ser reservado a alunos egressos do sistema público de educação, sendo que metade dessas vagas será destinada àqueles oriundos de famílias de baixa renda (cuja renda *per capita* seja igual ou inferior a 1,5 salário mínimo). O preenchimento das vagas deve observar, ainda, a proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação em que se localize a instituição federal, de acordo com o último censo do IBGE.

No Gráfico 2,³⁴ observamos, conforme dados colhidos no último censo realizado pelo IBGE, no ano de 2010, a porcentagem de pretos, pardos e indígenas por unidade da Federação:

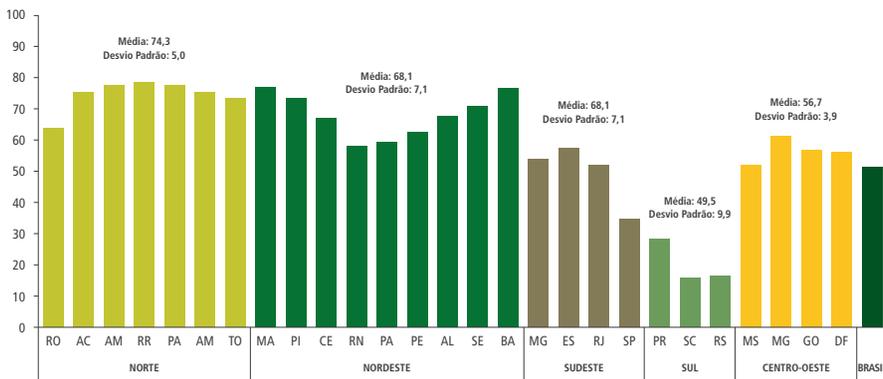


Gráfico 2 – Porcentagem de pretos, pardos e indígenas por unidade da Federação no Brasil, conforme dados colhidos no censo 2010 do IBGE

Dessa forma, o cálculo em determinada unidade federativa é feito na seguinte medida: 0,5 (representando 50% das vagas para baixa renda) x 0,5 (configurando os 50% destinados ao que não sejam de baixa renda) x Proporção PPI (pretos, pardos e indígenas) da respectiva unidade da Federação. O Estado de Rondônia, por exemplo, cujo percentual de pretos, pardos e indígenas corresponde a 64%, exige o seguinte cálculo: $0,5 \times 0,5 \times 0,64 = 0,16$ ou 16%.³⁵ Assim, conforme dispõe a lei, no mínimo, 16% das vagas destinadas a cada grupo cotista (alunos egressos do sistema público com renda familiar igual ou inferior a 1,5 salário mínimo e alunos egressos do sistema público com renda familiar superior a 1,5 salário mínimo) para ingresso em instituição federal no Estado de Rondônia devem ser reservadas aos que se autodeclararem pretos, pardos ou indígenas.

³⁴ CARVALHARES, Flávio; FERES JÚNIOR, João; DAFLON, Verônica. *O impacto da Lei de Cotas nos estados: um estudo preliminar*. Textos para discussão GEMAA. Rio de Janeiro: IESP-UERJ, n. 1, p. 1-17, 2013. Dados formulados a partir de Microdados do Censo 2010, IBGE.

³⁵ Exemplo também fornecido pelo estudo de impacto da lei de cotas nos estados, elaborado pelo GEMAA, UERJ, 2013.

É atribuição interna das instituições federais a discriminação pormenorizada das vagas reservadas, de acordo com a Lei nº 12.711/2012, de forma que os editais dos concursos seletivos indicarão a composição por curso e turno (art. 5º, *caput*, do Regulamento nº 7.824/2012).

A Lei nº 12.711/2012 estabelece a competência do Ministério da Educação e da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, ao lado da Fundação Nacional do Índio, para acompanhamento e avaliação do programa de cotas previsto na norma. É o que determina o art. 6º da lei.

Para tanto, o Regulamento Geral nº 7.824 prevê a instituição de um comitê especializado com atuação no acompanhamento e na avaliação das reservas de vagas de que trata a lei, cuja composição será a seguinte:

Art. 6º

[...]

§ 1º O Comitê terá a seguinte composição:

I – dois representantes do Ministério da Educação;

II – dois representantes da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; e

III – um representante da Fundação Nacional do Índio.

No que concerne à execução do disposto na norma, as instituições federais teriam que implementar 25% da reserva de vagas prevista na lei, a cada ano, tendo que a cumprir, integralmente, no prazo máximo de quatro anos, contado de sua publicação (art. 8º da Lei nº 12.711/2012). Portanto, o prazo máximo para o cumprimento do estabelecido na lei de cotas foi 2016. A cada ano, desde 2013, as instituições de que trata a lei deveriam reservar, dentre as vagas que ofertam, em cada processo seletivo, um mínimo de 12,5% para os grupos beneficiários da norma, perfazendo, em 2016, obrigatoriamente, o total mínimo de 50%.

3. DISCUSSÃO DO CARÁTER CONSTITUCIONAL DA LEI Nº 12.711/2012 SOB OS PRISMAS DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, IGUALDADE MATERIAL, PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

3.1 A dignidade da pessoa humana e o acesso ao sistema educacional de ensino superior

A dignidade da pessoa humana, além de fundamento do Estado democrático de direito brasileiro (art. 1º, III, da Constituição Federal), é sobreprincípio que norteia o ordenamento jurídico pátrio.

O postulado da dignidade humana representa um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo.³⁶

³⁶ Em seu *Curso de direito constitucional contemporâneo*, Luís Roberto Barroso considera que o princípio da dignidade humana representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Ele expressa uma gama de valores da civilização capazes de incorporarem-se ao patrimônio da humanidade, sendo possível a extração do sentido mais nuclear dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, inclui-se a proteção ao mínimo existencial, compreendido como a união de bens e utilidades primitivas para a subsistência física e imprescindível ao gozo dos direitos em geral.

Ronald Dworkin adentra duas dimensões da dignidade humana, que identifica como princípios:

a) o *do intrínseco valor da vida humana*, segundo o qual o sucesso ou o fracasso da existência de uma pessoa não interessa apenas a ela, mas a todas as pessoas, consubstanciando um valor objetivo a ser compartilhado por todos; b) o *da responsabilidade pessoal*, pelo qual cada indivíduo é responsável por sua própria vida, elegendo suas escolhas e valores que deverá seguir, sem determinações de qualquer ordem.³⁷

Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 205, traduz como pilar fundamental a educação, direito de todos e dever do Estado e da família. A aplicação dessa regra basilar é decorrência de uma pluriparticipação estatal e da sociedade. Tal regra assume duplo significado, ao passo que reconhece e define um direito fundamental de titularidade universal, denota cunho impositivo, na qualidade de norma impositiva de deveres, situando-se no plano das normas de eficácia limitada, pois prevê fins genéricos a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade no que tange à concretização do direito à educação, sendo eles “o desenvolvimento da pessoa humana, sua formação cidadã e sua preparação para o trabalho”.

3.2 A igualdade material e a aplicação do sistema de cotas

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, enuncia o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Uadi Lammêgo Bulos preceitua que:

A igualdade é regra de ouro, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais. Regra de ouro no sentido de mandamento nuclear de todo o produto constitucional legislado, pois todas as demais prescrições desta Constituição convergem-se a ela.³⁸

As noções de igualdade e justiça guardam uma relação íntima de conexão, voltando-se, no campo filosófico, à construção do pensamento aris-

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here: principles for a new political debate*. Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2006.

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

totélico, no qual se associam ambos os elementos, sugerindo o filósofo que o tratamento dispensado aos iguais deve ser o mesmo, ao passo que distinto deve ser o tratamento dado aos desiguais. A igualdade é, assim, valor central do constitucionalismo contemporâneo, visto que elemento presente desde a tradição constitucional inaugurada com as primitivas declarações de direitos.

O postulado figurou nas primeiras constituições, com especial relevo para a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, segundo afirmava que todos os homens nascem igualmente livres e independentes, assim como a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, conforme “os homens nascem e são livres e iguais em direitos” e ainda “a lei é a expressão da vontade geral [...]. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir”.³⁹

Na estruturação evolutiva histórica, é possível apontar três diferentes etapas percorridas pelo princípio da igualdade: i) a igualdade como afirmação da preponderância da lei; ii) a igualdade tomada como proibição de discriminação de qualquer natureza; iii) a igualdade como igualdade da própria lei.

A separação feita entre o núcleo formal e material do princípio ultrapassa esses momentos dogmáticos. A correspondência da noção isonômica de que todos os homens são iguais, afastando-se qualquer relativização em razão de condições e circunstâncias pessoais, representa o mote inspirador do Estado constitucional liberal, com prevalência da lei.

Conforme Ingo Sarlet,

[...] a igualdade formal, portanto, como postulado da racionalidade prática e universal, que exige que todos que se encontram numa mesma situação recebam idêntico tratamento [...], passou a ser complementada pela assim chamada igualdade material.⁴⁰

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem adotado o entendimento de que o princípio da igualdade exige relação de razoabilidade e congruência para justificar um tratamento desigual, banindo a discriminação arbitrária.⁴¹ O princípio da igualdade atua ainda como instrumento de oportunidades, podendo ser chamado de igualdade de chances, com propósito de garantir concorrência equilibrada nas esferas política (por exemplo, o tratamento isonômico dispensado a partidos políticos, candidatos e eleitores), econômica (medidas de intervenção no domínio econômico e liberdade empresarial) e social.

Ultrapassada a discussão acerca da constitucionalidade do tratamento diferenciador na aplicação da igualdade, a adoção de cotas no ensino superior é pontualmente polêmica no que se refere ao rol de beneficiários, cuja destinação de percentual de vagas afeta o número geral de candidatos dos certames.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 536.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 540.

⁴¹ Dessa forma decidiu o STF no julgamento do RE 658312/SC – Acórdão publicado no *Dje* em 10/02/2015 – acerca da recepção do art. 384 da CLT, que versa sobre intervalo na jornada de trabalho para mulheres.

Dito de outro modo, discutem-se a legitimidade e a validade da destinação de cotas para específicos grupos sociais em face do ordenamento jurídico. A Lei nº 12.711/12 entrou em vigor na data de sua publicação, e os efeitos concretos de suas disposições já foram sentidos nos processos seletivos das instituições federais de ensino em 2013. Em tais certames, já fora exigido o mínimo de 25% de reserva de vagas para os beneficiários da norma.⁴²

Antes disso, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta pelo partido político Democratas (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade, o STF julgou, por unanimidade de votos, improcedente a ação e considerou válida a reserva de vagas com base em critério étnico-racial, além de ter acenado para a validade das cotas de caráter socioeconômico.⁴³

De igual modo, também por unanimidade de votos, em julgado mais recente, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 (ADC 41), o Tribunal julgou procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixou a seguinte tese de julgamento:

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.⁴⁴

A distribuição de vagas entre alunos de escolas públicas, com divisão determinada pela renda familiar, dentre esses, os autodeclarados pretos, pardos e indígenas, conforme dados do IBGE, representa superação da aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

3.3 A aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade como critérios para concretude da lei de cotas

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são produtos de construções ideológicas de dois sistemas: a) doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano,⁴⁵ onde o tema foi disposto de modo inaugural; e b) teoria da proporcionalidade do direito alemão.

⁴² FERES JÚNIOR, João et al. *O impacto da Lei nº 12.711 sobre as universidades federais*. Levantamento das políticas de ação afirmativa (GEMAA). Rio de Janeiro: IESP-UERJ, setembro 2013, p. 1-34.

⁴³ Conforme julgamento da ADPF 186-2/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, j. 26.04.2012.

⁴⁴ DJE de 17/08/2017. Relatoria do Ministro Roberto Barroso.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2011, p. 256: "de fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Charta, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo".

A razoabilidade encontra origens na garantia do devido processo legal, fundação jurídica anglo-saxônica. Entretanto, como texto positivado no direito moderno, é na Constituição dos Estados Unidos, através das Emendas nº 5 e 14, que o princípio encontra forças, influenciando as diversas decisões da Suprema Corte Norte-Americana.⁴⁶

É possível dividir dogmaticamente dois momentos históricos do postulado. No primeiro, ele se apresenta como elemento estritamente processual, tutelando garantias direcionadas ao processo penal, como os direitos a citação, ampla defesa, contraditório e recursos. No segundo, assume caráter substantivo, uma vez que, por seu intermédio, o Poder Judiciário exerce controle sobre o conteúdo discricionário legislativo, funcionando como importante ferramenta na defesa dos direitos fundamentais.⁴⁷

A proporcionalidade, entretanto, de cunho germânico, apareceu como instituto do direito administrativo, servindo de instrumento limitador da discricionariedade administrativa. Indica Luís Roberto Barroso⁴⁸ que “vigorava na Europa continental a ideia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do Parlamento, sendo o poder do legislador juridicamente ilimitado”.

Apenas depois da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, o cenário foi modificado. Desde então, o princípio alcançou caráter constitucional, transmutando-se de princípio da reserva legal para princípio da reserva de lei proporcional. Assim como no direito norte-americano, a proporcionalidade foi atrelada à noção de relação coerente entre meios e fins, não só na atuação administrativa, impondo-se limitações também ao legislador.

Conforme ensina o professor Humberto Ávila:

O postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim. E, quanto à razoabilidade, explica que entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre qualidade e a medida adotada, enfatizando que uma qualidade não leva a medida, mas é critério intrínseco a ela.⁴⁹

O princípio da razoabilidade é parâmetro de avaliação da atuação pública, como forma de medida dos valores superiores consagrados no ordenamento jurídico pátrio. Caracterizado pelo conjunto de proposições de natureza subjetiva, seu conteúdo não se isola desse aspecto. Para Barroso, “razoável é o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia;

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2011, p. 278: “o fundamento de tais controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins”.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101.

o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento e lugar”.

No que tange à proporcionalidade, com objetivo de fortalecer o conteúdo principiológico e dar-lhe mais substância, a teoria alemã a dividiu em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Seguindo a noção de otimização, Alexy⁵⁰ se utiliza da máxima da proporcionalidade, pela qual a teoria dos princípios se entrelaça fortemente. Há, assim, uma conexão constitutiva, pois a “natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”.

Para Alexy,⁵¹ a adequação “exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover a qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados”. Representa o juízo de conformidade entre o meio utilizado para a consecução do fim almejado.

A aplicação da lei de cotas nas instituições federais aparece como instrumento a serviço da mitigação da desigualdade estrutural entre estudantes da rede pública e particular de ensino e reparação da situação histórica de inferioridade das etnias não consideradas puras pela sociedade brasileira em sua origem oligárquica. É medida de caráter transitório com efeitos de retribuição positiva às violações discriminatórias vivenciadas durante largo período da história brasileira pelos beneficiários da norma. O caráter finalístico da lei é manifestamente legítimo, e os meios empregados apresentam eficácia contínua na construção da nova sociedade brasileira, na qual viva a miscigenação sem nenhuma marca de opressão étnico-racial.

A distinção socioeconômica aparece como questão de controvérsia maior, uma vez que, em uma sociedade de cunho eminentemente capitalista, a transitoriedade da medida é posta à prova. A correção dada à ineficiência do ensino público na preparação dos estudantes, por meio da separação entre esses e aqueles da educação privada na disputa por vagas no ensino superior federal, é um contorno na linha torta da estrutura histórica brasileira para garantia do direito subjetivo ao ensino qualitativo. Entretanto não é inadequada a medida quando comparada ao fim apontado: a democratização do acesso à educação superior pública.

Ainda por Alexy,⁵² “o mesmo se aplica ao princípio da necessidade. Esse princípio requer que um dos dois meios de promover P1, que sejam, em um sentido amplo, igualmente adequados, deva ser escolhido aquele que interfira menos intensamente em P2”. Tomemos P1 como a garantia da democratização de acesso ao ensino superior público, e P2 como a interferência direta na participação livre de todos os indivíduos na seleção disposta.

Dentre as disposições apontadas pela Lei nº 12.711/2012, a destinação de metade das vagas para divisão em diferentes categorias de cotas aparece como medida necessária ao asseguramento do sentido legislativo, a pluriparticipação dos grupos sociais no processo seletivo. É ferramenta, ainda que ofensiva à ampla concorrência, capaz de garantir de modo menos gravoso o objetivo

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 116.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 136.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 136.

traduzido na norma. Ademais, a amplitude participativa é assim garantida pela separação entre categorias sociais e étnico-raciais.

Por fim, temos a proporcionalidade em sentido estrito que “expressa o que significa a otimização relativa às possibilidades jurídicas”. Nesse aspecto, Alexy⁵³ traduz o que seria a regra do balanceamento: “quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”.

Trata-se da ponderação entre os benefícios auferidos com a medida e os prejuízos por ela causados. Nas palavras de Canotilho,⁵⁴ trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

No que concerne ao alcance da finalidade da norma cotista, é preciso compreender que a garantia da participação plural dos diversos atores na sociedade se coaduna com o próprio espírito do Estado democrático de direito, pelo que a restrição à ampla concorrência em prol da inclusão de grupos vulneráveis é medida razoável e proporcional ao fim almejado.

CONCLUSÃO

O sistema de cotas não é novidade na concretização do direito social à educação. Entretanto, a Lei nº 12.711/2012 uniformizou, em todas as instituições de ensino superior de caráter federal, a obrigatoriedade da reserva legal de vagas para alunos egressos de escolas públicas, de baixa renda e grupos étnico-raciais preto, pardo e indígena.

Para entender o significado de tamanha contemplação, é insuficiente voltar-se para a razão de ser desse comportamento legislativo sem que se faça um acompanhamento histórico da composição da sociedade brasileira.

Diante dessa constatação, a primeira parte do trabalho é inteiramente dedicada ao estudo da formação sociocultural e econômica do Estado brasileiro. Para tanto, como forma de torná-la mais didática, foi dividida em três elementos distintos e analisados da seguinte forma: i) a colonização portuguesa e o papel do português na concepção da sociedade brasileira; ii) a influência indígena nessa composição; e iii) o papel da etnia negra nesse processo. Ao final, foram contemplados numa quarta análise acerca da miscigenação e da diversidade cultural num mesmo espaço territorial: o Brasil.

A partir dessa fundamentação histórica, foi possível compreender os primeiros questionamentos oriundos do trabalho. Sobre as relações de domínio, a pesquisa mostra que a influência lusitana na composição cultural brasileira é ponto de partida sobre o comportamento dos demais integrantes da sociedade inaugural. Pela estrutura europeia técnica e culturalmente à frente dos nativos, o português exerceu comando na exploração de riquezas, na família, no trabalho, na religiosidade e na sexualidade local. A herança indígena é rica primordialmente nas atividades manuais, no trato animal e no desempenho doméstico,

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 136.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 262.

contornados com a chegada portuguesa para a utilização dos interesses colonizadores. A participação negra do período colonial até a sociedade moderna é quase exclusivamente oriunda da escravidão, sem menosprezar a forte influência culinária e familiar impreterivelmente incumbida à mulher negra.

Todos esses aspectos permitem entender o desenrolar cultural e econômico da sociedade brasileira. Então, após o movimento abolicionista, a marca distinta escravocrata deu lugar ao surgimento de novas etnias oriundas da miscigenação, ao passo que apareceu o problema do reconhecimento de tal diversidade. O ideal eugenista de raça pura e a tentativa de branqueamento da sociedade brasileira em meados do século XX foram sufocados pela configuração cultural nacional. Nesse aspecto, o Censo 2000 foi marco preciso nessa constatação, fortalecendo a presença das cores preta e parda na população brasileira.

Após esse percurso cultural e a descoberta das origens das diferenças étnicas, procedeu-se à perquirição acerca da etimologia das ações afirmativas, conceito intrinsecamente ligado às espécies de discriminação social.

Dessa forma, cuida a segunda parte deste trabalho da origem, da evolução histórica, da comparação intertemporal do direito nacional e do caminho percorrido pelo instituto das ações afirmativas no sistema constitucional brasileiro. As ações afirmativas compreendem a atuação comissiva estatal como forma de reparar uma situação histórica de desigualdade entre os diferentes grupos sociais, seja pela distinção étnica, de gênero, socioeconômica, a título de exemplo.

São espécies de ações afirmativas: cotas, bônus, acréscimo de vagas etc. O objeto do trabalho é a espécie normativa que disciplina o sistema de cotas no ensino superior público federal. Essa lei foi analisada em todas as suas disposições de modo a responder indagações firmadas no início da pesquisa.

A norma de 2012 é responsável por, além de uniformizar a política cotista nas instituições federais superiores, atribuir o limite mínimo de distribuição de vagas para o público específico. A única variação decorre da concentração do número de pretos, pardos e indígenas nas diferentes unidades da Federação, conforme dados do IBGE no último censo realizado.

Na última parte, os aspectos jurídicos da norma objeto do trabalho são avaliados sob o prisma da constitucionalidade, revelando preliminarmente a compatibilidade formal da lei perante a Carta Maior e, em seguida, elucidando sua compatibilidade material.

É legítima a defesa do direito subjetivo ao acesso educacional de nível superior, exteriorizando o dever estatal de promoção da educação nesse campo. A dignidade da pessoa humana atua como vetor na medida em que alberga a necessidade de preocupação estatal com o indivíduo, consubstanciando a oferta de vagas no ensino superior uma efetivação pública.

É superada a noção formalista da igualdade, evoluindo a tratativa de cada indivíduo perante e conforme a lei para uma aplicação legal em seu aspecto material, de cujo conteúdo se extrai a diferenciação devida aos desiguais na medida da desigualdade verificada. Ademais, a aplicação da dupla acepção do preceito isonômico legitima as disposições positivamente discriminatórias da lei cotista.

Em seguida, compreende-se a natureza proporcional e razoável das disposições da norma em estudo. A ponderação do conflito de interesses decorrente da lei é realizada pelo sopesamento entre a oportunidade de acesso ao ensino superior público e o direito ao tratamento igualitário entre todos os indivíduos, sendo o primeiro pilar prevalente, dado que moderado na redistribuição de vagas conforme a situação fática de cada grupo social.

A aplicação da norma é adequada do ponto de vista social e também jurídico, uma vez que reservada à concreção reparadora da desigualdade fática existente na sociedade brasileira. É necessária como medida eficaz para o fim almejado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. *Constituição* (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 62.150*, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 7.824*, de 11 de outubro de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7824.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Estudos de estatística teórica e aplicada do IBGE* – Vol. II. Estudos sobre a composição da população do Brasil segundo a cor. Rio de Janeiro: IBGE, 1950, p. 8.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo Brasileiro de 2010*. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/pt/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

BRASIL. *Lei nº 12.711*, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabeleceu normas acerca do processo eleitoral, alterando as disposições da Lei nº 9.100/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria Normativa nº 18/2012*. Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/portaria_18.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHARES, Flávio; FERES JÚNIOR, João; DAFLON, Verônica. O impacto da Lei de Cotas nos estados: um estudo preliminar. Textos para discussão GEMAA. *IESP-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 1-17, 2013.

DAFLON, Verônica Toste; FERES JUNIOR, João; MORATELLI, Gabriela. Levantamento das políticas de ação afirmativa 2014: evolução temporal e impacto da Lei nº 12.711 sobre as universidades federais. *IESP-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 4, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here: principles for a new political debate*. Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2006.

FERES JÚNIOR, João et al. O impacto da Lei nº 12.711 sobre as universidades federais. Levantamento das políticas de ação afirmativa (GEMAA). *IESP-UERJ*, Rio de Janeiro, setembro 2013.

FERES JUNIOR, João; DAFLON, Verônica; CAMPOS, Luiz Augusto. A ação afirmativa no ensino superior brasileiro. Levantamento das políticas de ação afirmativa (GEMAA). *IESP-UERJ*, Rio de Janeiro, 2011.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 50. ed. São Paulo: Global, 2005.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TELLES, Edward. *O significado da raça na sociedade brasileira*. Princeton e Oxford: Princeton University Press: 2004.

O DIREITO AO NOME E O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE INDÍGENA

Johny Fernandes Giffoni

Defensor Público do Estado do Pará (2011). Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará (início em 2018). Pós-graduado em Direito da Criança e do Adolescente pela Universidade Federal do Pará (2014). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005).
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9760994288820871>.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo traçar, em linhas gerais, os fundamentos para a atuação das Defensorias Públicas estaduais na defesa dos direitos indígenas, no que compete à garantia do direito à personalidade, respeitando o direito fundamental à diferenciação. A Constituição Federal de 1988, bem como diversos instrumentos normativos internacionais, garantiu aos indígenas uma cidadania diferenciada, que deverá respeitar seus costumes, diversidades culturais, autodeclaração e forma de organização social. Muito se discute sobre o direito à propriedade dos povos tradicionais, porém ainda é modesta a produção jurídica a respeito da garantia ao direito à diferenciação social na seara dos direitos indígenas e no âmbito do Poder Judiciário em matérias como o direito ao nome e o direito ao registro civil, de acordo com as convenções sociais de cada etnia.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Direito ao nome. Direito à diferenciação cultural. Convenção 169 da OIT. Constituição Federal.

Abstract: This article aims to outline in general terms the reasons for the performance of state public defenders in defense of indigenous rights, the harvest of the guarantee of the right to personality, respecting the fundamental right to differentiation. The Federal Constitution of 1988, as well as several international legal instruments guaranteed to indigenous differentiated citizenship which must respect their customs, cultural diversity, self-declaration as well as a form of social organization. There is debate on the right to ownership of traditional peoples, but it is still modest legal production about the guarantee of the right to social differentiation in the harvest of indigenous rights and within the judiciary in matters such as the right to a name and the right the civil registry in accordance with the social conventions of each ethnic group.

Keywords: Public Defense. Right to a name. The right to cultural differentiation. Convention 169 da OIT. Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),¹ existem hoje no território brasileiro cerca de 220 povos indígenas, falando aproximadamente 170 línguas diferentes.

¹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Tendências demográficas: Uma análise de indígenas com base nos resultados da amostra dos Censos Demográficos de 1999 e 2000*. Rio de Janeiro: IBGE, 2005, p. 13.

Muitos são os problemas enfrentados pelas etnias indígenas, porém um deles nos assusta: é o que diz respeito ao sub-registro indígena, bem como o desrespeito, por parte dos cartórios de registros de todo o Brasil, da Constituição Federal e dos Tratados de Direito Internacionais, os quais garantem aos indígenas o registro civil utilizando o nome atribuído a ele em sua língua materna, de acordo com seu costume e sua organização social.

Diversos são os fatores que dificultam que os indígenas efetuem o registro civil, sendo eles as distâncias territoriais onde estão localizadas as aldeias, a dificuldade linguística de entender o processo de registro por parte dos indígenas, a diferença da organização social e de parentesco existente no seio de algumas etnias, o desconhecimento por parte dos cartórios da Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 03, de 14 de abril de 2012, o desconhecimento da mesma resolução e de normas referentes ao direito indígena pelos operadores do direito, conselheiros tutelares, servidores da assistência social, dentre outros.

Nesse sentido, iremos abordar, no presente artigo, o papel da Defensoria Pública estadual em face das demandas apresentadas pelos indígenas, no que diz respeito à competência da Justiça estadual, bem como a legitimidade de a Defensoria Pública atuar na defesa dos direitos indígenas.

Em seguida, buscaremos nas normas de direito internacional, em especial nos tratados e convenções de direitos humanos que versam sobre a temática da garantia do direito ao nome, o fundamento do respeito à diversidade cultural, à autodeterminação e à identidade.

Na terceira seção, trataremos do direito ao nome indígena, tendo como fundamento a Constituição de 1988, que garantiu aos indígenas o direito à diferenciação social, rompendo pela primeira vez com o paradigma da assimilação dos indígenas. Em seguida, trataremos do direito fundamental à identidade e à personalidade indígena, trazendo aspectos da identidade como direito fundamental e sua importância no processo histórico e social das diversas etnias existentes no território brasileiro.

Por fim, iremos abordar “o direito ao nome indígena: aspectos de luta”, em que nos ocuparemos de algumas experiências extrajudiciais da Defensoria Pública de forma isolada e em parceria com outros órgãos do sistema de Justiça.

1. A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS DOS INDÍGENAS

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado para prover orientação jurídica e defesa dos hipossuficientes (art. 134 da Constituição da República), tendo como características *a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional*, a teor do que dispõem o art. 134 da Constituição Federal e o art. 3º da Lei Complementar nº 80/94: “São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

Nesse sentido, a Defensoria Pública vem passando por uma transformação ideológica e identitária, de modo que, com o passar do tempo, sua atuação deixa de pautar-se em uma premissa “tendencialmente individualista”

e passa a atuar em uma premissa “tendencialmente solidarista”, conforme ensina o professor José Augusto Garcia de Sousa.²

Podemos conceituar os povos indígenas e seus membros, individualmente, como pessoas em condição de vulnerabilidade, conforme preceitua o documento denominado “100 Regras de Brasília”:

Consideram-se em *condição de vulnerabilidade* aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Poderão *constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade*. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico (grifo nosso).³

O documento citado foi consolidado durante a XIV Cúpula Judicial Ibero-americana, realizada em 2008, que teve como tema “o acesso à Justiça pelas populações vulneráveis”, tendo chamado a atenção para o exercício de direitos voltados a segmentos como crianças, adolescentes, mulheres, encarcerados e indígenas. Segundo o mencionado documento, “a pobreza constitui uma causa de exclusão social, tanto no plano econômico como nos planos social e cultural, e pressupõe um sério obstáculo para o acesso à justiça especialmente daquelas pessoas nas quais também concorre alguma outra causa de vulnerabilidade”.

Nesse sentido, podemos trazer à baila os ensinamentos da professora Ada Pellegrine Grinover, em parecer sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3.943, quando da discussão da legitimidade da Defensoria Pública em propor ações coletivas:

Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os

² SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de. (Org.). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar 132/09*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

³ CUMBRE JUDICIAL. *Regras de Brasília* – versão reduzida: Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. (grifo nosso)⁴

A Constituição atribui a competência da Justiça federal⁵ para processar e julgar causas que envolvam direitos indígenas, os quais digam respeito a toda a comunidade, delegando ao Ministério Público⁶ a defesa coletiva dos direitos e interesses das populações indígenas. Por outro lado, o art. 232 da Constituição garantiu aos indígenas a legitimidade para, em nome próprio ou por meio de suas comunidades ou organizações, a possibilidade de ingressar em juízo na defesa de seus interesses e direitos.

Aos índios individualmente atribui-se legitimidade para defesa dos direitos coletivos, mas deve se notar que a Constituição não criou um índio genérico, mas vinculado a uma organização social e cultural, portanto, esta legitimidade é para estar em juízo em defesa dos direitos e interesses da comunidade a que pertence. Da mesma forma as comunidades estão legitimadas para arguir os direitos e interesse próprios e não de outras comunidades.⁷

No mesmo sentido, quanto à atuação dos indígenas na defesa dos seus direitos:

[...] o índio em nome próprio pode postular o direito da comunidade. Também tem legitimidade as organizações dos índios, sejam governamentais ou não, e as próprias comunidades em razão do reconhecimento da organização social indígena e de sua capacidade civil.⁸

A Fundação Nacional do Índio (Funai) reconhece a possibilidade da atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos das comunidades indígenas, bem como a defesa dos indígenas em ações individuais nas quais sejam autores ou réus.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrine. *Parecer ADI 3943*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2016.

⁵ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: XI – a disputa sobre direitos indígenas.

⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In.: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 29-30.

⁸ LIBERATO, Ana Paula; GONÇALVES, Ana Paula Rengel. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p.104.

No Parecer nº 04/PGF/PG/FUNAI, ao discorrer sobre as funções dos procuradores da Procuradoria Especializada da Funai, esta reconheceu a possibilidade de atuação da Defensoria Pública em matéria afeta à garantia dos direitos dos indígenas e das populações indígenas:

4 – Defensoria Pública

Questão que a cada dia terá mais importância, tendo em vista a previsão constitucional e nova política de institucionalização, é a participação da Defensoria Pública, da União ou dos Estados, na defesa dos interesses e direitos indígenas.

Art. 134.⁹ A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

Nada obsta que as Defensorias Públicas possam orientar e defender os índios e suas comunidades, apenas exigindo que sejam necessitados. É competência que deve ser interpretada à luz do art. 134 da Constituição e do art. 2º da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Essa atribuição compartilhada entre diversos órgãos da União, do Estado e dos Municípios pode ser utilizada pelos Procuradores Federais em determinados casos – que exigem uma proteção dos direitos indígenas nos dois polos da ação ou quando o interesse indígena coletivo se sobrepõe ao individual – que serão detalhados a frente.¹⁰

⁹ O presente artigo foi alterado pela Emenda Constitucional 80, que conferiu a seguinte redação: “art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”, corroborando ainda mais o argumento da possibilidade dos indígenas serem defendidos em juízo ou fora dele pela Defensoria Pública.

¹⁰ Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/001DOCUMENTOS/Relatorios/parecer_pge_funai.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2014.

2. A GARANTIA DO DIREITO INDÍGENA NAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL

Diante de um quadro de desconsideração cultural e legal para com as populações indígenas, configura-se um estado de violência contra esses povos, pois o Estado contemporâneo, e seu aparato jurídico positivo, vem negando a possibilidade de convivência de sistemas jurídicos diferentes, como, no caso, o direito consuetudinário dos povos indígenas e o direito nacional “não indígena”.

Cada povo, etnia e comunidade indígena possui seu próprio sistema jurídico, baseado em práticas de direito consuetudinário, de forma que muitos problemas podem ser solucionados a partir de suas experiências cotidianas, da mesma maneira que diversas lições podem ser retiradas daí, como a utilização pelos indígenas de nomes que traduzam sua realidade social e cultural, os quais, muitas vezes, não encontram consonância com a grafia do português e com os significados dos nomes por nós construídos. Assim indica a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, que enfatiza a garantia dos povos indígenas em conservar sua cultura e seus costumes, de utilizar suas próprias instituições, inclusive jurídicas, de direito consuetudinário (desde que não firam os direitos humanos e o direito interno do país).

Cada etnia tem uma organização social e de parentesco que determina a estrutura e a organização do nome e a transmissão através do “clã”, em algumas etnias, da “nação”. Ou seja, é através da transmissão do “clã” composto no nome do pai, em algumas etnias, que será transmitida a hereditariedade daquela família, sendo o nome da etnia apenas a identificação do povo a que ele pertence, e não família.

Porém, como veremos adiante, essa estrutura do nome não se encontra prevista em nossa legislação, bem como as demais estruturas existentes, decorrentes do modo de organização social de cada uma das diversas etnias indígenas existentes no Brasil.

A Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais estabelece, quanto à aplicação ao direito indigenista, que:

Art. 8º

1. Na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, *seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração*. 2. Esses povos terão o direito de *manter seus costumes e instituições*, desde que *não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais* previstos no sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para a solução de conflitos que possam ocorrer na *aplicação desse princípio*. 3. A aplicação dos parágrafos 1º e 2º deste artigo não impedirá que membros desses povos exercitem os direitos assegurados a todos os cidadãos e assumam as obrigações correspondentes.

Art. 9º

1. Desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados. 2. Os costumes desses povos, sobre matérias penais, deverão ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais no processo de julgarem esses casos. (grifo nosso)

Nesse sentido, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em junho de 2006, a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, que, embora não possua força jurídica obrigatória, tem incontestavelmente grande peso político e moral, ainda mais no continente americano. Sabe-se que as declarações, que são resoluções recomendatórias de organizações internacionais, apesar da sua natureza solene, não têm caráter vinculante. Isso se verifica perfeitamente na prática, nomeadamente da ONU, para a qual a declaração apresenta-se como instrumento oficial, servindo para enunciar princípios de importância permanente.

Art. 4º

Os povos indígenas, no exercício do seu *direito à autodeterminação*, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

Art. 5º

Os povos indígenas têm o *direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais*, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Art. 7º

1. Os indígenas têm direito à vida, à integridade física e mental, à *liberdade* e à segurança pessoal. 2. Os povos indígenas têm o direito coletivo de viver em liberdade, paz e segurança, como povos distintos, e não serão submetidos a qualquer ato de genocídio ou a *qualquer outro ato de violência*, incluída a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Art. 9º

Os povos e pessoas indígenas têm o direito de pertencerem a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade ou nação em questão. Nenhum tipo de discriminação poderá resultar do exercício desse direito.

Art. 34

Os povos indígenas têm o *direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes*, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Art. 35

Os povos indígenas têm o *direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades*. (grifo nosso)

No que tange à garantia à identidade e ao nome de indígenas crianças, devemos trazer à baila o que estabelece a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, que, em seu art. 30, prevê:

Art. 30

Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, *ter sua própria cultura*, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma. (grifo nosso)

Quanto ao direito ao nome, estabelece a Convenção, em seu art. 7º e art. 8º:

Art. 7º

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

Art. 8º

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

A dificuldade do registro de nascimento de indígenas em sua língua, bem como com a grafia e a organização do nome de acordo com o que estabelece a cultura de cada etnia, é comum em toda a América Latina. Disso resultam crianças sem registro de nascimento, o que viola toda a legislação internacional.

As crianças de grupos étnicos são mais propensas do que qualquer outro grupo a ser excluídas dos serviços de registro por causa de seu baixo nível de educação, altos níveis de pobreza e barreiras linguísticas e geográficas,

bem como a discriminação muito grave e sofrem de intolerância culturais. Alguns grupos étnicos podem encontrar barreiras discriminatórias quando inscrita no registro, por exemplo, no caso de filhos de haitianos afrodescendentes na República Dominicana.¹¹

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 3º, estabelece, quanto à personalidade jurídica, que: “toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.¹²

Quanto ao direito ao nome, estabelece o art. 18 da Convenção que “toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”.¹³

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem reconhecendo o direito à personalidade jurídica dos povos indígenas e o respeito à sua identidade para que os indígenas gozem de outros direitos previstos na Convenção.

A título de exemplo podemos citar o Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, em que o Estado do Paraguai sustentou a suspensão do processo internacional em razão de ter encontrado contradições na denominação e pertença étnica da comunidade e de seus membros, o que, segundo o critério do Estado paraguaio, impediria a titulação de terras em favor da comunidade. Nesse caso, a Corte Interamericana decidiu que a identificação da comunidade, desde seu nome até sua composição, é um “direito histórico social” que faz parte de sua autonomia.¹⁴

Portanto, devemos ter em mente que, conforme os instrumentos internacionais de direitos humanos, quanto ao direito ao nome, à personalidade jurídica dos indígenas, seja individualmente, seja coletivamente, deverá o Estado brasileiro, por meio dos cartórios de registro, ao proceder ao registro civil de nascimento, respeitar o “direito histórico social”, que reverbera a partir da cultura de cada grupo étnico em razão de sua organização social, refletindo na identificação de cada um dos membros da comunidade.¹⁵

Nesse sentido, temos as conclusões de Oswaldo Ruiz Chiriboga e Gina Donoso:

¹¹ SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN MÉXICO. *El derecho a la identidad como derecho humano*. 1. ed. México, DF, enero de 2011, p. 19. Tradução livre.

¹² CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 3 jul. 2016.

¹³ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 3 jul. 2016.

¹⁴ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz; DONOSO, Gina. *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, p. 16. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2016

¹⁵ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz; DONOSO, Gina. *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, p. 16. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

Como mostrado nos casos acima, o critério de autoidentificação de quem é parte de uma comunidade ou aldeia tem um lugar especial em qualquer identificação que o Estado exerce. Além disso, para o próprio Tribunal e os Estados devem respeitar as decisões que certos membros de um determinado grupo e do próprio grupo assumem quem são os membros dessa comunidade, desde que tais decisões não violem os direitos humanos geralmente reconhecidos. Além disso, mesmo que algumas pessoas pararam de compartilhar cultura e as práticas tradicionais de seu antigo grupo, não é suficiente para negar direitos que assistem o seu grupo. Finalmente, os conflitos entre a comunidade e seus membros ou ex-membros é uma questão que, em princípio, devem ser resolvidos pela própria comunidade.¹⁶

3. A PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE INDÍGENA E AO DIREITO À DIFERENCIAÇÃO CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo pensamento jurídico a respeito dos direitos indígenas. Rompendo com a visão integracionista, a Carta Magna reconhece, na expressão do professor Carlos Frederico Marés, “aos índios o direito de ser índio”.¹⁷

Portanto, considerou os direitos dos povos indígenas parte indissociável dos direitos humanos, alterando o paradigma existente quanto **às populações indígenas, já que antes predominava**, em nossa sociedade, a concepção de que o índio era incapaz de exercer seus direitos, devendo por isso ser tutelado. A Constituição de 1988 introduziu um novo paradigma aplicado aos povos indígenas: o da “Cidadania Diferenciada”, conforme o ressaltou o art. 231 da Constituição, *in verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º – São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

¹⁶ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz; DONOSO, Gina. *Pueblos Indigenas y la Corte Interamericana*: Fondo y Reparaciones, p. 16. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

¹⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

§ 2º – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º – O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º – As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º – É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, «ad referendum» do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º – São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º – Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

A Constituição reconheceu, portanto, a existência de outras culturas jurídicas, as quais aos poucos vão sendo introduzidas no ordenamento jurídico, e, ao reconhecer os direitos dos povos indígenas, rompeu com o paradigma da assimilação e garantiu o direito à diferenciação.

Todos esses direitos decorrem de uma matriz, que é o direito à diferenciação social. O social aqui empregado refere-se a todos os aspectos que informam a reprodução da sociedade indígena, quais sejam, o econômico, o social e o das mentalidades. A construção desse direito à diferenciação social é possível a partir da atribuição de sentidos às normas antecitadas. Por exemplo, reconhecer e proteger formas específicas de ser e de viver significa dizer que a relação de exploração econômica que o índio mantém com a terra é permitida.¹⁸

¹⁸ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015, p. 47.

Até a Constituição de 1988, vigorava no pensamento jurídico e no imaginário social o paradigma da aculturação e da assimilação dos povos indígenas.

Se a Constituição Federal garante todos os direitos de cidadania aos grupos indígenas e ainda admite como culturas diferenciadas e com direitos específicos – por exemplo, o direito da posse coletiva e o usufruto exclusivo da terra –, em contrapartida, o novo Código Civil, de 2000, que retirou o estatuto de “capacidade jurídica relativa” (e, portanto, da minoridade legal do índio e da tutela do Estado), deixou para o legislativo a determinação sobre a condição jurídica do índio.¹⁹

As malfadadas frases, fruto da ignorância cultural – como “Ele não é índio, sabe ler e escrever, tem até título de eleitor!” –, revelam uma ideologia assimilacionista, segundo a qual a tendência natural do índio é integrar-se à cultura branca, não índia, consumindo os seus valores e, deixando aos poucos de ser indígenas, de matiz etnocêntrica e monista. Trata-se do “paradigma da aculturação”, o qual vigorou em nosso ordenamento jurídico até a Constituição de 1988.

O paradigma da aculturação é um conjunto variado de ideias, proposições, preconceitos, intuições, análises, teorias, sentimentos e atitudes que remontam ao Iluminismo, passando pela teoria da evolução, por Darwin, Marx, Durkheim e Malinowski, pelo positivismo e por quase todas as escolas antropológicas, até recentemente, que declara a eventual e inevitável extinção das culturas e sociedades indígenas diante da inexorável força de expansão da civilização ocidental.²⁰

Entender esse paradigma nos faz compreender os motivos pelos quais os cartorários, assim como alguns operadores do direito, se mostram contrários ao registro civil de nascimento de indígenas em conformidade com o nome étnico e a organização social de parentesco em cada etnia. Por esse paradigma, os indígenas, quando necessitassem retirar o registro civil, deixariam de ser indígenas, visto que não mais se identificassem como indígenas, pois seriam “indígenas civilizados”. Nesse sentido, o legislador não previu possibilidades legais da alteração do registro de nascimento de indígenas em conformidade com seus costumes culturais e com o direito indígena. Todavia, as normativas internacionais e a Constituição de 1988 estabelecem a cidadania diferenciada aos povos indígenas, o que lhes garante a alteração ou a colocação de seu nome no assento de registro civil, levando em conta seus costumes.

¹⁹ GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 29.

²⁰ GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 34.

Dessa forma, o constituinte originário procurou romper com a cultura conservadora e excludente, reconhecendo o direito dos índios à sua organização social, a seus costumes, línguas, crenças, tradições, bem como garantindo e valorizando a difusão das manifestações culturais indígenas. Assim, tem-se uma política de respeito e garantia à diversidade cultural, mais relacionada com um Estado pluralista.

No que tange à aplicação da legislação específica inerente aos indígenas, nota-se que o Poder Judiciário ainda apresenta uma grandiosa resistência, e até mesmo falta de conhecimento, encontrando-se, muitas vezes, contaminado pelos estereótipos e preconceitos históricos relativos aos povos tradicionais. A comunidade jurídica, ao aplicar as legislações específicas, protetivas e garantidoras de direitos aos indígenas, o faz com a justificativa de o indígena supostamente estar “integrado” à comunhão nacional, e não levando em conta o ordenamento constitucional e as normativas de direito internacional.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE E À PERSONALIDADE INDÍGENA

O nome é o que identifica a pessoa em determinado grupo, em determinada cultura. A nomenclatura dada a cada pessoa é a forma, em um primeiro momento, que vai definir como um novo indivíduo é visto pela sociedade em que ele está inserido. Assim, a identidade pode ser compreendida como igualdade e pode ser reconhecida ou estabelecida tendo como fundamento determinado critério convencional. Dessa forma:

Esse conceito explica o caráter de construção da identidade, uma vez que os critérios precisam ser estabelecidos e reconhecidos. Assim, o conceito de identidade pode ser tratado como uma construção simbólica. Isso significa que a construção da identidade também diz respeito à apreensão e interpretação da realidade, uma vez que é um processo de representação simbólica, uma tentativa de compreensão de sua própria posição no mundo. É justamente esta sua caracterização como interpretação que impede de ser tomada como algo já definido. Verifica-se, nesse sentido, que a identidade social é a posição da pessoa, em relação à posição dos demais membros dentro da sociedade.²¹

A legislação internacional, assim como a Constituição, reconhece que os indígenas apresentam organização social e cultural diferente da organização social dos “homens brancos”. Logo, sua identidade na aldeia vai se diferenciar da identidade que ele apresenta fora da aldeia. Para os membros de seu coletivo, ele vai se expressar em sua língua materna, que não será o português, e terá um nome diferente do que foi dado pelo “homem do cartório”, possuindo uma função social diferente da que lhe é dada pelos homens brancos.

²¹ COLAÇO, Thais Luzia. Identidade cultural e inclusão digital dos povos indígenas. In: _____. (Org.). *Elementos de antropologia jurídica*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207-208.

Nesse sentido são os ensinamentos da professora Maria Celina Bodin:

A pessoa humana tem a necessidade de afirmar sua própria individualidade, distinguindo-se das outras, para ser conhecida por quem é. Através do nome, o indivíduo é designado na língua que é comum aos outros. Sua identificação torna-se possível, mesmo quando ausente.²²

Dessa forma, no que diz respeito aos indígenas:

O reconhecimento étnico se pauta na conjugação de critérios definidos pela consciência da identidade indígena e de pertencimento a um grupo diferenciado dos demais segmentos populacionais brasileiros e pelo reconhecimento por parte dos membros do próprio grupo.²³

Para tanto, o nome é utilizado para individualizar uma pessoa, indicando em muitas culturas, regiões e nas famílias características próprias de determinado grupo. Assim:

O nome é o meio geral da linguagem, próprio para indicar qualquer ente, físico ou imaterial; é o substantivo que serve a designar coisas e as pessoas. Adquiri relevo especial, do ponto de vista jurídico, quando serve para individualizar pessoas. Este é justamente o primeiro aspecto a ser evidenciado, isto é, o da importância do nome como sinal designativo que permite a individualização da pessoa, constituindo, por isso mesmo, um dos direitos mais essenciais da personalidade.²⁴

Mais uma vez, o direito brasileiro deixou de observar o multiculturalismo e a existência de outras organizações sociais e jurídicas, submetidas ao ordenamento constitucional, no que diz respeito à garantia ao direito ao nome como direito à personalidade, levando em conta o direito fundamental à diferença cultural das populações tradicionais. Segundo o Código Civil, em seu art. 16, "toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome".

Ocorre que o Código Civil deixou de contemplar as diversidades culturais existentes, da mesma forma que o direito à diferenciação cultural garantido

²² MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.3, n. 12, p. 49, 2000.

²³ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Tendências demográficas: uma análise de indígenas com base nos resultados da amostra dos Censos Demográficos de 1999 e 2000*. Rio de Janeiro: IBGE, 2005, p. 13.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 49, 2000.

pela Constituição de 1988. Assim, reproduziu um preconceito estrutural que acaba por assimilar de maneira forçada as culturas indígenas.

O risco à sobrevivência cultural advém também do preconceito que essas coletividades enfrentam na sociedade, que normalmente desvaloriza o seu modo de vida, estigmatizando aqueles que o praticam. São muito fortes as pressões assimilacionistas e desagregadoras que se originam da sociedade capitalistas de massas, que, por vezes, operam como um verdadeiro “liquidificador cultural”, triturando as culturas tradicionais.²⁵

O registro civil é o documento que embasa a cidadania plena, assegurando o direito ao nome. Contudo, no caso dos indígenas, deve observar sua organização social, cultura e tradições, segundo cartilha produzida pela Secretaria de Direitos Humanos: “cidadãos e cidadãs indígenas têm direito de declarar e afirmar sua própria identidade, conforme seus costumes e tradições, e podem fazê-lo por meio de obtenção do RCN”.²⁶

A Convenção nº 169 da OIT, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 143, de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 2004, garante a autodeterminação dessa minoria e segue o mesmo perfil ideológico de nossa Constituição Federal.

O Estatuto do Índio define o índio como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

Assim, temos apenas uma conclusão lógica: o indígena jamais deixará de ser “índio” em razão do lugar onde se encontra, pois será “indígena” em São Paulo, Marabá, na Tribo Tembê, na Aldeia Gavião, na Aldeia Munduruku ou Tikuna, ainda que de vez em quando tenha hábitos da cultura ocidental.

Sobre o tema, seguem as lições de Luiz Fernando Villares

A experiência traz que o simples contato de grupos étnicos não faz um absorver o outro, numa integração necessária, mas proporciona uma mudança cultural, que não tira do índio sua identidade. Ela lhes foi roubada muitas vezes por uma integração forçada, violenta, uma política levada pela sociedade, pela igreja e pelo Estado para transformar o índio em indivíduo pobre que habita e coloniza o meio rural. A perda da identidade indígena, sob qualquer aspecto, não pode ser admitida pelo direito.²⁷

²⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 279.

²⁶ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Registro civil de nascimento para os povos indígenas no Brasil*. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio. Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2014, p. 5.

²⁷ VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p. 17.

Nesse sentido, do respeito à identidade cultural, às formas de organização social, o que envolve a reprodução do nome como fator de identificação social de um indivíduo em seu grupo social e, externamente, aquele grupo, podemos utilizar dos ensinamentos do professor Daniel Sarmento:

Todas essas razões convergem para a necessidade de produção ativa dessas culturas não hegemônicas. Uma proteção que se volte para a sua preservação forçada, o que seria, além de inviável, francamente ilegítimo. Afinal, as culturas são dinâmicas, evoluem e se adaptam, e os seus integrantes têm o direito de contestar as suas práticas, e até de renegá-las, deixando-se absorver pela sociedade envolvente, se assim preferirem. Mas é preciso que sejam asseguradas as condições para que a cultura possa existir e se reproduzir. Essa proteção volta-se, antes de tudo, para a defesa da dignidade de pessoas concretas, cuja identidade seria atingida pelo desaparecimento ou deterioração do ambiente cultural em que estão inseridas. Mas, adicionalmente, ela também favorece a sociedade como um todo, nas suas presentes e futuras gerações, que se beneficia com a riqueza proporcionada pela diversidade cultural.²⁸

A Secretaria Nacional de Direitos Humanos editou cartilha informativa intitulada *Registro Civil de Nascimento para os Povos Indígenas no Brasil* e informa que:

Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome” (art. 16 – Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

As indígenas e os indígenas têm o direito a escolher seus próprios nomes, de acordo com sua cultura e suas tradições.

O uso de nomes na língua portuguesa é comum na maioria dos povos indígenas. Fatores religiosos, políticos e sociais, ao longo de cinco séculos, levaram muitos indígenas a adotarem nome e sobrenomes na língua portuguesa. (Exemplo: Paulo Oliveira, Maria da Silva)

Entretanto, os nomes tradicionais indígenas devem ser considerados no ato do registro civil de nascimento. Muitas vezes as indígenas e os indígenas não conseguem registrar os nomes desejados por preconceito ou falta de informação dos registradores.

A lei brasileira proíbe o registro de nomes que possam expor a pessoa ao ridículo (art. 55 da lei nº 6.015 de 31 de dezembro 1973). Mas os nomes indígenas não são causa de vergonha. São motivo de orgulho, podem e devem

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 280.

ser usados. Nomes como Kayawi Kanamawa, Sonia Paresi, Metuktire Txucarramãe, Jurandir Tseré'ubuõ, Tseremõdzadzu Tsahõbõ e tantos outros refletem a cultura de cada povo e ao mesmo tempo a riqueza de nosso país. A vontade de adotar o nome indígena deve ser respeitada.

Por isso, a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 03/2012, em seu artigo 2º, assegura que “deve ser lançado, a pedido do apresentante, o nome indígena do registrando, de sua livre escolha, não sendo caso de aplicação do art. 55, parágrafo único da Lei nº 6.015/73”. §1º. No caso de registro de indígena, a etnia do registrando pode ser lançada como sobrenome, a pedido do interessado. (Exemplo: Maria Tukano, Pedro da Silva Guajajara).²⁹

Tal entendimento está baseado na teoria do reconhecimento, a qual, segundo Sarmento, ao citar decisão da Corte Constitucional da África do Sul, informa que:

A noção de que não somos ilhas em nós mesmos é central para a compreensão do indivíduo no pensamento africano. Com frequência, é expressada na frase *umntu ngumuntu nhabantu*, que enfatiza a comunalidade e a interdependência entre os membros da comunidade, e que todo indivíduo é uma extensão dos outros. [...] Esse pensamento ressalta a importância da comunidade para a identidade individual, e, portanto, para a dignidade. Dignidade e identidade estão inseparavelmente ligadas. A identidade cultural é uma das partes mais importantes da identidade pessoal de cada um, precisamente porque advém do pertencimento à comunidade, não de uma escolha ou realização pessoal.³⁰

Mister elucidar que o direito dos povos indígenas de ter seu nome grafado conforme sua língua encontra-se atualmente em debate no Congresso Nacional, com o Projeto de Lei nº 5.855/2013, que altera a Lei nº 6.015/2013, para assegurar o registro público de nomes tradicionais indígenas. Segundo o esse projeto de lei:

Artigo único. O art. 55 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, numerando-se o atual parágrafo único como § 1º:
 Art. 55.

²⁹ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Registro civil de nascimento para os povos indígenas no Brasil*. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio. Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2014, p. 11.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 294.

§ 1º

§ 2º A proibição de atribuição de prenomes suscetíveis de expor ao ridículo, de que trata o § 1º deste artigo, não se aplica aos índios, que poderão registrar os prenomes segundo a sua etnia, a sua cultura ou os seus costumes. (NR)

Segundo o relator, o senador Roberto de Lucena:

No tocante à competência específica desta Comissão, que seja a proteção aos direitos humanos e às minorias, entendemos como pertinente o proposto no projeto. Entendemos que o tratamento legal dispensado aos índios deve ser diferenciado em razão da sua cultura. É sabido que a cultura indígena acentua valores da natureza e familiares e isso se aplica também aos nomes dos filhos. Tais nomes são costumeiramente colhidos diretamente dos dialetos das etnias, não sendo, pois, familiares à língua portuguesa. Então, muitas vezes, prenomes que possuem uma importância cultural para os povos indígenas deixam de ser registrados pelos oficiais de cartórios por serem considerados suscetíveis de expor ao ridículo a criança. Por essas razões, consideramos como de extrema relevância a aprovação do presente projeto de lei, que permitirá aos índios o registro dos prenomes de seus filhos de acordo com sua cultura e seus costumes. Então, pelos motivos acima expostos, apresentamos o voto pela aprovação do Projeto de Lei nº 5.855, de 2013.

Embora seja tão somente um projeto de lei, já demonstra o intuito do legislador de reconhecer o multiculturalismo no que tange ao direito fundamental ao nome étnico. Dessa forma, o Judiciário não pode olvidar-se de apreciar a presente demanda, sob pena de contribuir para a propagação de ideologia de ordem assimilacionista, não mais permitida pelo ordenamento constitucional.

5. O DIREITO AO NOME INDÍGENA: ASPECTOS DE UMA LUTA

Quanto à garantia do direito ao nome, inúmeras são as atuações das Defensorias Públicas de todo o Brasil, seja para a retificação dos nomes dos indígenas visando à inclusão no sobrenome de suas etnias, seja garantindo o direito aos indígenas de terem nas certidões de nascimento civil seu nome grafado conforme sua língua materna.

A Lei nº 6.001/73, Estatuto do Índio, estabelece uma classificação dos indígenas em seu art. 4º:

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

É necessário ressaltar que, conforme dito acima, essa classificação não pode ser considerada absoluta para fins de se estabelecer quem possui a identidade indígena, já que, segundo a Convenção nº 169 da OIT, a identificação ou não como indígena se dará pela autodeterminação e autodeclaração de cada indivíduo e de sua comunidade.

Quanto ao registro civil, estabelece o Estatuto do Índio:

Art. 12. Os nascimentos e óbitos, e os casamentos civis dos índios não integrados, serão registrados de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.

Parágrafo único. O registro civil será feito a pedido do interessado ou da autoridade administrativa competente.

Art. 13. Haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.

Parágrafo único. O registro administrativo constituirá, quando couber documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova.

O Registro Administrativo de Nascimento do Indígena (RANI) é um documento administrativo, fornecido pela Funai, instituído pelo Estatuto do Índio e, após a Constituição de 1988, pode servir para subsidiar a solicitação do registro civil do indígena, porém não substitui o registro civil de nascimento.

O Registro Administrativo de Nascimento de Indígena (RANI) é um documento administrativo fornecido pela FUNAI, instituído pelo Estatuto do Índio, Lei nº 6.001

de 19 de dezembro de 1973: “O registro administrativo constituirá, quando couber, documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova”. Em outras palavras, o RANI pode servir como documento para solicitar o registro civil. O registro do RANI é realizado em livros próprios por funcionários da FUNAI, e para cada registro é emitido o documento correspondente, devidamente autenticado e assinado. Importante: O RANI é um documento administrativo e não substitui a certidão de nascimento!³¹

No Brasil, muitos cartórios de registro ainda criam dificuldades para os povos indígenas realizarem o registro de nascimento, adotando somente os nomes utilizados por suas etnias. Ocorre que tal proibição não se encontra em consonância com a Constituição de 1988.

Segundo os cartórios de registro civil, a negativa em registrar os indígenas de acordo com seus costumes e tradições estaria baseada na lei de registros públicos. A Lei nº 6.015, de 1973, assim estabelece, no seu art. 55, parágrafo único, portanto anterior à Constituição:

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público emitiram, no ano de 2012, a Recomendação Conjunta nº 03, de 19 de abril de 2012, pela qual foi regulamentado o procedimento de realização do registro de nascimento civil dos indígenas em conformidade com sua língua, seus costumes e sua organização social.³²

A título de exemplo da atuação da Defensoria Pública do Estado do Pará na defesa dos direitos indígenas no que tange à garantia do direito ao nome indígena, a Defensoria Pública em atuação no Município de Paragominas, em conformidade com a Resolução Conjunta nº 03/2012, emitiu a Recomendação nº 01/2013 para que o cartório do registro civil e de notas procedesse ao registro dos indígenas em conformidade com a resolução editada pelo CNJ e pelo CNMP. Todavia, o cartório não permitiu que os indígenas realizassem os registros de nascimento usando seus nomes indígenas, mas somente os grafados em língua portuguesa.

³¹ Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/docb/registro-administrativo-de-nascimento-de-indigena-rani>>.

³² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=238>>.

No mesmo sentido, podemos mencionar as recomendações exaradas pelo Ministério Público Federal, em atuação na região de Itaituba³³ e Jacareacanga,³⁴ determinando que os cartórios da região respeitassem a grafia originária do povo Munduruku, a organização social do nome e a colocação da etnia ao final do nome. Além do povo Munduruku, existe na região de Itaituba o povo Apiaká, que enfrenta os mesmos problemas vivenciados pelos Munduruku no tocante aos registros de nascimentos. Dessa forma, o Ministério Público Federal, o Ministério Público Estadual e a Defensoria Pública do Estado do Pará emitiram a Recomendação Conjunta nº 27, de 25 de agosto de 2016,³⁵ na qual recomendaram que o cartório de registros e notas do Município de Itaituba observasse as regras de registro de nome indígenas contidas na Resolução Conjunta nº 03 do CNJ e CNMP.³⁶

Segundo cartilha³⁷ produzida pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:

Os povos indígenas têm direito à certidão de nascimento em igualdade de condições com os brasileiros, o que não anula os seus direitos garantidos na Constituição. É assegurado o uso dos nomes de sua livre escolha, não sendo obrigatório que adotem os nomes em português. O mesmo respeito pelos costumes e tradições ancestrais deve ser considerado no caso de quilombolas e ciganos.

Em outra cartilha, produzida pela Funai e pelo Ministério da Justiça, informa-se que:

Entretanto, os nomes tradicionais indígenas devem ser considerados no ato do registro civil de nascimento. Muitas vezes as indígenas e os indígenas não conseguem registrar os nomes desejados por preconceito ou falta de informação dos registradores. A lei brasileira proíbe o registro de nomes que possam expor a pessoa ao ridículo (art. 55 da lei nº. 6.015 de 31 de dezembro de 1973). Mas os nomes indígenas não são causa de vergonha. São motivo de orgulho, podem e devem ser usados.

³³ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/recomendacao-do-mpf-a-cartorio-de-itaituba-pa-para-respeito-a-grafia-de-nomes-indigenas>>. Acesso em: 28 ago. 2016. Nessa recomendação endereçada ao Cartório de Registros e Notas do Município de Itaituba, o MPF solicita que seja encaminhada da presente recomendação à Defensoria Pública do Estado do Pará. Dessa forma, também está reconhecida a responsabilidade da Defensoria Pública no que tange à temática indígena.

³⁴ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/recomendacao-mpf-cartorio-jacareacanga-respeito-grafia-indigena.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

³⁵ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/recomendacao-do-mpf-ao-cartorio-de-itaituba-pa-para-respeito-a-grafia-indigena-apiaka>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

³⁶ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-conjunta-n-3-19-04-2012-presidencia.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

³⁷ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/registrocivil/pecas2011/Cartilha/Cartilha.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

Portanto, o respeito às tradições indígenas no que tange à utilização do nome indígena, o respeito à grafia e aos costumes de cada etnia, encontra fundamento não somente na Constituição Federal, mas também em diversos tratados de direitos humanos.

CONCLUSÃO

Um dos maiores desafios na garantia e implementação dos direitos indígenas, previstos na Constituição Federal de 1988 e nos instrumentos internacionais de direitos humanos, está na mudança social do paradigma da assimilação pelo paradigma da cidadania diferenciada.

Os instrumentos normativos promoveram uma mudança, garantindo o respeito ao direito indígena, à cultura e à diversidade social das populações tradicionais, em especial aos indígenas, contudo as pessoas não mudaram sua forma de pensar e agir no que tange aos indígenas.

Outro desafio diz respeito à forma como os indígenas se sentem ao serem vistos de forma diferente por aqueles que estão fora de suas sociedades, que não conseguem compreender e entender seus costumes, tradições, língua e nomenclatura.

Nesse contexto, a Defensoria Pública assume importante papel, pois os indígenas, em sua maioria, estão incluídos na população pobre e vulnerável, que cotidianamente procura a Defensoria Pública. Contudo, também somos fruto da sociedade em que vivemos e não conseguimos perceber os indígenas como detentores de um sistema normativo próprio, um sistema normativo reconhecido pela Constituição e que deve conviver com as demais normas jurídicas, embora nossa Constituição tenha reconhecido o multiculturalismo e o pluralismo jurídico.

Como vimos, houve evolução pós-Constituição de 1988, apesar de tardia, no reconhecimento dos costumes e tradições indígenas na seara do direito ao nome, porém essa evolução legislativa não atingiu no mesmo ritmo os operadores do direito e os cartorários.

Devemos lutar para que o direito seja mais democrático e vivo, para que o direito contemple outras formas de justiça, respeitando e integrando aqueles que durante muito tempo estiveram à margem e sempre foram vistos como uma cultura transitória.

Termino com um poema de Márcia Wayna Kambeba³⁸, que nos faz refletir sobre a identidade indígena.

Ser Indígena – Ser Omágua

*Sou filha da selva, minha fala é Tupi.
Trago em meu peito,
as dores e as alegrias do povo Kambeba
e na alma, a força de reafirmar a
nossa identidade,*

³⁸ KAMBEBA, Márcia Wayna. *Eu moro na cidade*. Manaus: Grafisa Gráfica e Editora, 2013, p. 25.

que há tempo ficou esquecida,
diluída na história.
Mas hoje, revivo e resgato a chama
ancestral de nossa memória.

Sou Kambeba e existo sim:
No toque de todos os tambores,
na força de todos os arcos,
no sangue derramado que ainda colore
essa terra que é nossa.
Nossa dança guerreira tem começo,
mas não tem fim!
Foi a partir de uma gota d'água
que o sopro da vida
gerou o povo Omágua.
E na dança dos tempos
Pajés e curacas
mantêm a palavra
dos espíritos da mata,
refúgio e morada
do povo cabeça-chata.

Que o nosso canto ecoe pelos ares
como um grito de clamor a Tupã,
em ritos sagrados,
em templos erguidos,
em todas as manhãs!

REFERÊNCIAS

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Tendências demográficas: uma análise de indígenas com base nos resultados da amostra dos Censos Demográficos de 1999 e 2000*. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Registro civil de nascimento para os povos indígenas no Brasil*. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio. Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2014, p. 11.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz; DONOSO, Gina. *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

COLAÇO, Thais Luzia. Identidade cultural e inclusão digital dos povos indígenas. In: _____. (Org.). *Elementos de antropologia jurídica*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CUMBRE JUDICIAL. *Regras de Brasília* – versão reduzida: Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Contexto, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrine. *Parecer ADI 3943*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2016.

KAMBEBA, Márcia Wayna. *Eu moro na cidade*. Manaus: Grafisa Gráfica e Editora, 2013.

LIBERATO, Ana Paula; GONÇALVES, Ana Paula Rengel. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In.: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

MÉXICO. Secretaría de Gobernación México. *El derecho a la identidad como derecho humano*. 1. ed. México, DF, enero de 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 49, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Editora Café com Lei, 2015.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição? In: SOUSA, José Augusto Garcia de. (Org.). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar 132/09*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In.: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CRIAÇÃO DE “BRECHAS DO POSSÍVEL”

SANS DOMICILE FIXE (S.D.F.) ET LE RÔLE DU DÉFENSEUR PUBLIC DANS LA CRÉATION DES “ALTERNATIVES VIABLES”

Juliana Achilles Guedes

Defensora Pública na Defensoria Pública do Estado do Maranhão.

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo abordar o tema “pessoas em situação de rua” sob um viés inovador, capaz de enxergar a heterogeneidade das relações travadas com a rua e, com isso, rejeitar qualquer imposição arbitrária de vontades. Busca-se uma terceira alternativa às estratégias “antropoêmica” e “antropofágica” utilizadas ao longo da história nas abordagens conferidas às pessoas em situação de rua. Em seguida, será exposto o importante papel desempenhado pela Defensoria Pública na abertura do diálogo com os vulneráveis, cuja realidade concreta é, muitas vezes, desconhecida das instâncias decisórias.

Palavras-chave: Pessoas em situação de rua. Heterogeneidade. Estigmatização. Refugos. Defensoria Pública. Lógica inclusiva e pluralista.

Résumé: Cette recherche a le but d’aborder le thème des Sans Domicile Fixe (S.D.F.) sous un regard innovateur, capable de reconnaître l’hétérogénéité des rapports menés à la rue et, ainsi, répudier toute imposition arbitraire de volonté. Ce que l’on poursuit ici c’est une troisième alternative aux stratégies “anthropoémiques” et “anthropophagique” utilisées au cours de l’histoire dans les abordages vers les Sans Domicile Fixe. Ensuite, on exposera l’important rôle développé par le Défenseur Public dans l’ouverture de dialogue avec les vulnérables, dont la réalité concrète est, pas rare, inconnue des instances décisives.

Mots-Clés: Sans Domicile Fixe (S.D.F.). Hétérogénéité. Stigmatisation. Déchets. Défenseur Public. Logique inclusive et pluraliste.

INTRODUÇÃO

Atualmente, fala-se muito em litigância estratégica e no papel desempenhado pela Defensoria Pública e demais instituições de Justiça (Ministério Público, Poder Judiciário, Ordem dos Advogados do Brasil etc.) na sociedade contemporânea, em que o individualismo passa a ocupar papel de destaque e a desintegração social é cada vez mais latente.

A ideia de alteridade, ou seja, a capacidade de se colocar no lugar do “outro”, de se identificar com aquele/aquilo que é diferente, é vista como a chave para os problemas da sociedade contemporânea ou pós-moderna. Ocorre que, ao se posicionar no lugar de terceiros, não se pode negar o perigo de

querer assumir para si o “dom” de dizer o que é melhor para aquele, que, em regra, não compartilha as mesmas vivências e experiências. Sempre haverá questões de perspectivas e pontos de vistas que não podem ser refutados, especialmente quando se está diante das melhores intenções.

Claude Lévi-Strauss, antropólogo e etnólogo francês, ao fazer uma análise das estratégias utilizadas ao longo da história humana para se lidar com a alteridade, fala sobre a estratégia “antropoêmica” e a “antropofágica”. Enquanto a primeira visa ao isolamento, à separação, à repulsa do que é diferente e causa estranheza, a segunda visa à incorporação do “outro” – do que é “diferente” – ao corpo social, muitas vezes com a aniquilação e o desrespeito de suas subjetividades:

Claude Lévi-Strauss, o maior antropólogo cultural de nosso tempo, sugeriu em *Tristes Trópicos* que apenas duas estratégias foram utilizadas na história humana quando a necessidade de enfrentar a alteridade dos outros surgiu: uma era *antropoêmica*, a outra, *antropofágica*. A primeira estratégia consiste em ‘vomitar’, cuspir os outros vistos como incuravelmente estranhos e alheios: impedir o contato físico, o diálogo, a interação social e todas as variedades de *commercium*, comensalidade e *connubium*. As variantes extremas da estratégia ‘êmica’ hoje são, como sempre, o encarceramento, a deportação e o assassinato. As formas elevadas, ‘refinadas’ (modernizadas) da estratégia ‘êmica’ são a separação espacial, os guetos urbanos, o acesso seletivo a espaços e o impedimento seletivo ao seu uso. A segunda estratégia consiste numa *soi-disant* ‘desalienação’ das substâncias alheias: ‘ingerir’, ‘devorar’ corpos e espíritos estranhos de modo a fazê-los, pelo metabolismo, idênticos aos corpos que os ingerem, e portanto não distinguíveis deles. Essa estratégia também assumiu ampla gama de formas: do canibalismo à assimilação forçada – cruzadas culturais, guerras declaradas contra costumes locais, contra calendários, cultos, dialetos e outros ‘preconceitos’ e ‘superstições’. Se a primeira estratégia visava ao exílio ou a aniquilação dos outros, a segunda visava à suspensão ou aniquilação de sua *alteridade*.¹

A relação travada entre a sociedade “civilizada” e as diferentes formas de vidas e subjetividades que não se enquadram nessa mesma sociedade (os “desajustados”, os “anormais”, os “inferiores”, os “incivilizados”) também funciona sob a mesma ótica dicotômica: incorporação aos modos de vida “civilizados” ou aniquilação de sua alteridade. O grande defeito é não se enxergar uma terceira alternativa.

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 129.

Entre aqueles conhecidos por não fazerem parte da sociedade “civilizada” ou “oficial”, é possível elencar uma gama cada vez mais ampla de pessoas, a exemplo dos negros, pobres, mulheres, adolescentes em conflito com a lei, lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros (LGBT’s), indígenas, quilombolas, populações em situação de rua, imigrantes, refugiados, desempregados, entre tantos outros.

Na sociedade pós-moderna, salta aos olhos o aumento vertiginoso de pessoas excluídas, sendo perceptível que a fronteira que separa o grupo “de dentro” do grupo condenado a “ficar do lado de fora” se encontra mais porosa, incerta e volátil, gerando inseguranças e ansiedades cada vez maiores.

O sociólogo Zygmunt Bauman, ao se referir àqueles que denomina “refugos” ou “população redundante”, ensina que se trata de consequências necessárias da sociedade capitalista pós-moderna. Alerta, ainda, para os limites cada vez mais invisíveis da linha divisória que separa a “população redundante” dos “legítimos restantes”, tornando-se aquela o futuro potencial de cada um e de todos ao mesmo tempo.

Como a população ‘redundante’ permanece dentro, ombro a ombro com os ‘úteis’ e ‘legítimos’ restantes, a linha divisória entre a incapacitação momentânea e a destinação peremptória e final à condição de lixo tende a se embaçar e a perder a visibilidade. Em vez de permanecer, como antes, o problema de uma parte distinta da população, a destinação ao ‘lixo’ torna-se o futuro potencial de todo mundo – um dos dois polos entre os quais oscila a posição social presente e futura de todos.²

O mesmo Bauman, em outra passagem, afirma:

O mais importante é que, para qualquer um que tenha sido excluído e marcado como refugo, não existem trilhas óbvias para retornar ao quadro dos integrantes. Tampouco quaisquer caminhos opcionais, oficialmente endossados e mapeados, que se possam seguir (ou ser forçado a seguir) em direção a um título de sócio alternativo.³

Encarando o “refugo” como consequência necessária – muitas vezes indispensável – da criação moderna e pós-moderna, Bauman realiza interessante analogia com a criação da obra de Davi por Michelangelo, que soube como ninguém sintetizar o processo de produção e separação do “refugo”:

² BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 91.

³ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 26.

Indagado sobre como obtinha a bela harmonia de suas esculturas, Michelangelo teria respondido: 'É simples. É só você pegar um bloco de mármore e cortar todos os pedaços supérfluos'. No auge do Renascimento, Michelangelo proclamou o preceito que foi o guia da criação moderna. *A separação e a destruição do refugio seriam o segredo comercial da criação moderna*: cortando e jogando fora o supérfluo, o desnecessário e o inútil, seriam descobertos o belo, o harmonioso, o agradável e o gratificante.⁴

Nada obstante, quando se trata de projetar as formas de convívio humano, o "refugio" são seres humanos. Ao se perceber isso, esvazia-se a noção de universalidade dos direitos humanos, sendo que a sua afirmação histórica, longe de ser um processo de lutas e reivindicações por conquistas de direitos, "é uma afirmação de que direitos podem ser reconhecidos dentro de determinada dinâmica social e quem poderá ser portador desses direitos consagrados como universais".⁵

Este artigo propõe que, para que seja possível falar em verdadeira emancipação social, a figura do "homem médio", no qual o direito atualmente se pauta para normatizar suas relações sociais, deve ceder lugar à figura do homem de "carne e osso", cabendo à Justiça, enquanto instituição reguladora da sociedade, encarar as pessoas como "são", em sua realidade concreta, e não como "devem ser".

"O Homem" ganha, na inflexão dos autores, uma função reguladora (normalizante) na qual o direito se baseia, e que ajuda a metamorfosear o direito em norma. Essa figura não tem consistência de "um homem" que existe, fazendo, assim, do direito algo que não coincide com a experiência de nenhum homem, mas que se impõe a todos como uma promessa ou um estado a ser alcançado: um determinado modelo de humanidade. Nessa lógica, humanos não são as pessoas que existem, mas aqueles que estariam elevados à categoria de humano, os que têm humanidade, aqueles pertencentes à sociedade oficial: a humanidade não é, desta perspectiva, um dado da natureza dos homens, mas uma certa maneira da sociedade observar os indivíduos.⁶

⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 32.

⁵ MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2014, p. 136.

⁶ MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2014, p. 135.

Com fronteiras cada vez menos precisas e a incerteza latente que permeia a definição de quem deve ocupar os “espaços de dentro” e aqueles condenados a ocupar o “espaço de fora”, a presente pesquisa poderia abordar variadas classes de pessoas que estão à margem da sociedade dita “civilizada” ou “oficial”.

Nada obstante, optou-se por abordar o tema das pessoas em situação de rua por ser talvez o exemplo mais caricatural da exclusão social a que um ser humano pode chegar. A abordagem será feita de forma a evitar generalizações e a demonstrar a importância de se lidar com o homem de “carne e osso”, em suas especificidades e singularidades, para que, somente assim, se possa falar em sociedade emancipada.

1. O HOMO SACER DA ATUALIDADE: AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA VISTAS POR NOVOS ÂNGULOS

O art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 7.053/2009 traz a definição do que se entende como população em situação de rua:

Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Trata-se, em verdade, de uma “totalidade não totalizável”, visto que abarca diversos modos de vida e de relações travadas com a rua, com espaços e tempos diferentes, sendo que qualquer generalização que se faça corre o risco de pecar por sua arbitrariedade.

Alguns estudiosos, inclusive, preferem utilizar a nomenclatura “pessoas em situação de rua”, já que o termo “população” carrega, em si mesmo, uma generalização indesejada. Nesse sentido, cita-se trecho de artigo publicado na obra *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*:

Isso porque, ao nos referirmos à ‘população em situação de rua’, na verdade estamos dando nome a uma totalidade não totalizável. A manobra discursiva de denominar coletividades de ‘população’ para todas as categorias já é, em si, uma generalização mais ou menos arbitrária. A chamada ‘população em situação de rua’ é, em verdade, uma heterogeneidade de pessoas de várias idades, advindas de variadas classes sociais, de variados níveis de “instrução” educacional, e mais que tudo, que estabelecem com a rua as mais variadas formas de relações.⁷

⁷ MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, p. 132.

Ao longo da história humana, sempre houve pessoas em situação de rua, vivendo abaixo das condições impostas pelo mínimo existencial⁸ e sendo obrigadas a lidar diariamente com fortes privações e com a anulação de suas dignidades.

Os modos de interação da sociedade dita oficial com referidos “refugos”, “dejetos”, “restos” ou “lixos” de que trata o sociólogo Bauman foram sempre marcados pelo dualismo entre a estratégia “antropoêmica” e a “antropofágica”, dualismo este tão bem exposto pelo antropólogo francês Claude Lévi-Strauss e abaixo sagazmente narrado:

Vemos modos de intervenção com a população de rua, que, na sua grande maioria, tenta lidar com a rua de duas formas: a primeira é a de simples inclusão das pessoas em situação de rua, com o objetivo de moldar e adaptar seus modos de vida aos modos considerados normais ou ‘saudáveis’; a segunda é de uma relação de isolamento ou extermínio.⁹

Referidos modos de interação com as pessoas em situação de rua só vêm reafirmar o que se esconde por trás dessa estigmatização: o medo e horror da sociedade “oficial” a tudo que a obrigue a sair da zona de conforto e encarar o “outro”, “o diferente”, com todas as suas atribulações e os incômodos que este gera ao desvelar o lado obscuro da realidade humana.

Muitos, como forma de defesa diante da realidade que se lhes apresenta, preferem encarar as pessoas em situação de rua como “seres inferiores”, “não humanos” ou “quase-humanos”; seres que não compartilham a mesma vivência física, sentimental e emocional e que, portanto, não merecem o mesmo olhar dos ditos “civilizados”, já que não vivenciam as mesmas relações “sujeito-mundo”.

⁸ “A primeira diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem – a despeito de divergências sobre a extensão do conteúdo da garantia – prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 1, p. 29-44, dez. 2013).

⁹ MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, p. 138.

Dessa forma, as pessoas em situação de rua são vistas como um perigo em potencial, não apenas o perigo da violência física, mas, acima de tudo, o perigo de revelar que aquilo que se acreditava tratar-se de “seres inferiores”, “quase-humanos”, o *homo sacer*¹⁰ da história da humanidade, é muito mais próximo de nós do que gostaríamos de aceitar.

Nossa sociedade vê a situação de rua, forma extremada da exclusão social, como um ‘perigo’. Esse perigo, contudo, não é simplesmente o perigo do assalto, do envolvimento com a contravenção, mas muito mais, o perigo de nos defrontarmos com o fato de que o conceito de humano que tanto prezamos é muito mais largo e indeterminável do que imaginamos. E o que talvez seja o mais decisivo: perceber como o nosso modo de produção econômico, político e subjetivo – modo de sociedade – produz formas de vida que estão destinadas a não ter lugar no que consideramos oficial; como nossa sociedade que opera por categorização e hierarquização, que valoriza tanto a luz e a razão, produz essas zonas escuras, essas zonas de desrazão, zonas incompreensíveis para nós. É o risco (que implica debilidade e contingência), e não perigo (que implica impotência e necessidade) de percebermos na sociedade, e, portanto, em nós mesmos, a indeterminação sobre o que se é, de constatar que a ‘população de rua’ é muito mais próxima de nós e tão menos estrangeira de que como a pretendemos definir.¹¹

Na sociedade pós-moderna, o desconforto que referidas pessoas geram é potencializado a um grau máximo, especialmente ao se considerar que os limites existentes entre os que ocupam os “espaços de dentro” e aqueles condenados a ocupar o “espaço de fora” são cada vez mais tênues e incertos.

Assim, muitos preferem assumir uma posição mais cômoda e encarar as pessoas em situação de rua como pessoas desvirtuadas, cuja desgraça deriva de algum problema de desajuste individual ou, no máximo, familiar, e nunca como um problema oriundo do modo de funcionamento da sociedade, evitando-se, assim, a todo custo, enxergá-los como “ensaio do seu próprio destino”:

¹⁰ “Na caracterização de Agamben, o modelo ideal-típico de pessoa excluída é oferecido pelo *homo sacer*, categoria do antigo direito romano ‘estabelecida fora da jurisdição humana sem ser trazida para o domínio da lei divina’. A vida de um *homo sacer* é desprovida de valor, seja na perspectiva humana ou na divina. Matar um *homo sacer* não é um delito passível de punição, mas sua vida não pode ser tirada num sacrifício religioso. Privada da significação humana e divina que só a lei pode conferir, a vida do *homo sacer* é inútil. Matar um *homo sacer* não é crime nem sacrilégio, mas, pela mesma razão, não pode ser uma oferenda” (BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 44).

¹¹ MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, p. 132-133.

Há movimentos, guinadas e correntes que parecem aleatórios, acidentais e de todo imprevisíveis daquilo que, à falta de um termo mais preciso, chamamos de ‘forças da globalização’. Eles mudam, a ponto de tornarem irreconhecíveis e sem aviso as paisagens e os perfis urbanos familiares que eram as âncoras em que se sustentava a nossa permanente e confiável segurança. Eles embaralham as pessoas e destroem suas identidades sociais. Podem transformar-nos, de um dia para o outro, em refugiados ou “migrantes econômicos”. Podem revogar nossas certidões de identidade ou invalidar as identidades certificadas. E todos os dias nos lembram que podem fazê-lo impunemente – quando jogam em nossas portas aquelas pessoas que já foram rejeitadas, forçadas a fugir para salvarem suas vidas ou a se afastarem de casa em busca da sobrevivência, privadas de identidade e de autoestima. Odiamos essas pessoas porque sentimos que aquilo que elas sofrem diante dos nossos olhos bem pode se mostrar, e muito em breve, um ensaio de nosso próprio destino.¹²

E também:

A maneira hegemônica de entender e de se relacionar com essas pessoas que vivem nas ruas é considerando-as ‘peças malfeitas’, indivíduos malformados, cuja desgraça e condição estão localizadas em algum problema de desajuste individual ou, no máximo, familiar, desconsiderando todo um modo de funcionamento de nossa sociedade. Funcionamento este que produz aqueles que devem viver e aqueles que podem e devem morrer, aqueles legítimos e aqueles ilegítimos, aqueles que merecem segurança e os que representam um risco, o que produz imensuráveis formas de violência. Não é à toa que os governos começam a ressuscitar velhas práticas de extermínio direto dessa população: de alguma forma ela representa um perigo.¹³

Portanto, para além da estratégia dualista de que trata Lévi-Strauss, é preciso, hoje, mais do que nunca, promover uma rede heterogênea de relações que seja capaz de lidar com as contradições existentes na sociedade de forma inclusiva e pluralista, permitindo-se abrir espaço àqueles destinados a não ter lugar no que consideramos oficial.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 160-161.

¹³ MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, p. 138.

O enfoque inclusivo/pluralista, capaz de lidar com as diferenças e diversidades sem aniquilá-las ou tentar, a todo custo, incorporá-las aos padrões vistos como “normais” ou “adequados” pela sociedade pós-moderna, parece ser a terceira via necessária para o processo de ressignificação de pluralidades e modos de vida, promovendo-se, assim, a verdadeira emancipação social.

2. A TERCEIRA VIA: O RECONHECIMENTO DO “DIFERENTE” COMO RECHEADO DE “BRECHAS DO POSSÍVEL”

A primeira indagação a ser feita com vistas à ressignificação das relações sociais foi brilhantemente apresentada no artigo “Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua”:

Reafirmamos o desafio colocado ao longo do capítulo: como construir uma forma de pensar os Direitos Humanos que não reafirme modos possíveis de ser, modos pré-concebidos e que estão no fundamento histórico de afirmação desses direitos, mas que abra espaço para as formas de vida, os processos de subjetivação surgidos nas relações criadas no encontro sujeito-mundo. Que não reafirme violências e impossibilidades de lidar com a diversidade, de compreender formas peculiares, mas que, ao contrário, reafirme modo de vida, que ‘dê conta’ e dialogue com a multiplicidade do humano.¹⁴

Trata-se de questionar como é possível dialogar com uma multiplicidade de modos de vida e, ao mesmo tempo, “dar conta” desse diálogo que encara o diferente e se abre para ele, numa relação simbiótica “recheada de brechas do possível”.¹⁵

É cediço que atualmente, existe um abismo entre indivíduos *de jure* e indivíduos *de facto*, ou seja, entre o que se encontra consagrado em leis e textos jurídicos (indivíduos livres, iguais, solidários e participativos) e o que realmente vigora na realidade que se apresenta cotidianamente aos nossos olhos. Exemplo patente disso é que, enquanto o texto constitucional elenca um extenso rol de direitos e garantias fundamentais (direito a vida digna, saúde, alimentação, moradia, liberdade de expressão e pensamento, acesso a cultura,

¹⁴ MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, p. 147.

¹⁵ “É a tal característica de rede heterogênea, comportando não contradições, mas paradoxos, fazendo da vida imanente, concreta, um sistema muito complexo, maravilhoso, perigoso sempre, mas recheado de brechas do possível. É nesse sentido que a política pode ser pública: quando a política está a serviço de criar necessidades, fazer emergir formas de vidas singulares, que forcem o Estado a satisfazer as necessidades do público”. (MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, p. 143).

educação, esporte etc.), tal previsão normativa se choca, de forma escancarada, com a realidade das pessoas em situação de rua que diariamente são desafiadas a suportar graus extremos de indignidade (miséria, fome, frio, solidão, abandono, entre outros).

Como já foi dito, referida situação vivenciada pelas pessoas em situação de rua é, muitas vezes, encarada como um problema de desajuste individual ou, no máximo, familiar (não são raros os preconceitos do tipo: moradores de rua são usuários de drogas, alcoólatras, pessoas com sofrimento mental, oriundos de famílias desestruturadas etc.).

Não há como negar que existem pessoas em situação de rua que sofrem com os vários problemas acima elencados. Nada obstante, o que se ignora (muitas vezes, de forma proposital) é o quão vasta e diversificada é a realidade das ruas. Segundo Rocha e Morais,¹⁶ “há várias realidades, desde os que trabalham na rua a semana toda e vão para a casa no final de semana até aqueles para os quais a rua faz parte da opção de vida, como os *hippies*”.

No final das contas, o que se pretende é evitar, a todo custo, encarar a verdade que se encontra por trás de tanta miséria, qual seja, o próprio modo de funcionamento da sociedade que, para existir, necessariamente produz seus “refugos”, sendo os moradores de rua um exemplo crasso de refugio humano de que trata o sociólogo Bauman.

Para Bauman, a transformação de indivíduos *de jure* em indivíduos *de facto* passa, necessariamente, pela valorização do espaço público e pela capacidade de conviver com a diferença, o que demanda esforços coletivos. Assim, o desafio imposto à sociedade contemporânea não é, como já se cogitou, a colonização da esfera pública pela esfera privada. Pelo contrário, o grande desafio da atualidade, segundo Bauman, consiste no enfrentamento da crescente privatização dos espaços públicos, que sufoca o espaço político-democrático, vital a qualquer agrupamento humano.

Repito: há um grande e crescente abismo entre a condição de indivíduos *de jure* e suas chances de se tornar indivíduos *de facto* – isto é, de ganharem controle sobre seus destinos e tomar as decisões que em verdade desejam. É desse abismo que emanam os eflúvios mais venenosos que contaminam as vidas dos indivíduos contemporâneos. Esse abismo não pode ser transposto apenas por esforços individuais: não pelos meios e recursos disponíveis dentro da política-vida autoadministrada. Transpor o abismo é a tarefa da Política com P maiúsculo. Pode-se supor que o abismo em questão emergiu e cresceu precisamente por causa do esvaziamento do espaço público, e particularmente da ágora, aquele lugar intermediário, público/privado,

¹⁶ ROCHA, Amélia Soares da; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de. A atuação da Defensoria Pública como um dos instrumentos de efetivação da cidadania da população em situação de rua. In: GRINOVER, Ada et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, p. 654.

onde a política-vida encontra a Política com P maiúsculo, onde os problemas privados são traduzidos para a linguagem das questões públicas e soluções públicas para os problemas privados são buscadas, negociadas e acordadas.¹⁷

Portanto, falar sobre pessoas em situação de rua pressupõe, necessariamente, assumir uma perspectiva inclusiva e pluralista, que não vise à imposição de regras e modos de vida entendidos como os mais “adequados”, mas, sim, que seja capaz de lidar com o diferente, respeitando seu próprio tempo e espaço.

A imposição arbitrária de vontades, sem que haja uma abertura de diálogo com o “diferente”, só vem agravar a situação já existente, reforçando os obstáculos de entendimento e de diálogo entre duas realidades e vivências distintas.

Faz-se necessário encarar a realidade tal como ela se apresenta, sem a aniquilação ou a incorporação absoluta da vontade do “outro” aos modos de vida que se entende serem os mais adequados, especialmente pelo fato de que nem sempre as pessoas compartilham as mesmas vivências e experiências.

A capacidade de conviver com a diferença, sem falar na capacidade de gostar dessa vida e beneficiar-se dela, não é fácil de adquirir e não se faz sozinha. Essa capacidade é uma arte que, como toda arte, requer estudo e exercício. A incapacidade de enfrentar a pluralidade de seres humanos e a ambivalência de todas as decisões classificatórias, ao contrário, se autoperpetuam e reforçam: quanto mais eficazes a tendência à homogeneidade e o esforço para eliminar a diferença, tanto mais difícil sentir-se à vontade em presença de estranhos, tanto mais ameaçadora a diferença e tanto mais intensa a ansiedade que ela gera. O projeto de esconder-se do impacto enervante da multivocalidade urbana nos abrigos da conformidade, monotonia e repetitividade comunitárias é um projeto que se autoalimenta, mas que está fadado à derrota.¹⁸

3. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TRADUÇÃO DA REALIDADE CONCRETA DOS VULNERÁVEIS ÀS INSTÂNCIAS DECISÓRIAS

A Defensoria Pública, essencial à função jurisdicional do Estado, é a única instituição consagrada na Constituição Federal de 1988 que se caracteriza por ser “expressão e instrumento do regime democrático” (art. 134 da Constituição Federal).

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 53.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 135.

A afirmativa constitucional de que a Defensoria é “expressão” do regime democrático significa dizer que a instituição deve estar cada vez mais próxima da realidade social por ser ela a figura representativa da própria democracia. Assim, o fortalecimento e o crescimento da instituição defensorial significam, da mesma forma, a potencialização do processo democrático vigente.

Nesse sentido, afirma Pedro González, defensor público no Estado do Rio de Janeiro:

Ser *expressão* de alguma coisa significa ser ‘figura representativa’; ‘modelo’, ‘manifestação significativa e importante’ da mesma. Decerto, como acima destacado, o próprio regime democrático deve ser entendido como algo dinâmico, como um processo que caminha para a concretização e aprofundamento dos seus princípios fundamentais: supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direitos. A Defensoria Pública, pois, é figura representativa desse processo. Isso porque, considerando o protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário e o papel do processo no Estado Democrático de Direito, a existência de instituições sedimentadas e plenamente atuantes, capazes de garantir e preservar os direitos fundamentais de caráter civil, político e social pode ser apontada como um relevante indicador de estágio de efetiva consolidação democrática de uma sociedade.¹⁹

Da mesma forma, falar que a Defensoria Pública é “instrumento” do regime democrático significa dizer ser ela o meio, o caminho necessário para se acessar a democracia. Ainda segundo González:

Logo, verifica-se que a Defensoria Pública é instrumento do regime democrático porque no cumprimento de suas funções institucionais realiza os três princípios (ou valores) democráticos fundamentais – supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direito –, potencializando a democracia.²⁰

Ou seja, com a reforma realizada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014, que alterou a redação do *caput* do art. 134 da Constituição Cidadã para, entre outras modificações, incluir a menção de ser a Defensoria Pública “expressão e instrumento do regime democrático”, quis o legislador brasileiro

¹⁹ GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 26.

²⁰ GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 39.

ênfatisar a importância da instituição defensorial na consolidação e afirmação do regime democrático vigente.

A Defensoria Pública, enquanto instituição responsável por prestar assistência integral e gratuita aos mais necessitados (art. 134, *caput*, c/c art. 5º, LXXIV,²¹ ambos da CF/1988), além de permitir o acesso formal dos hipossuficientes ao Poder Judiciário, desempenha importante função de “tradução” da realidade concreta às instâncias decisórias,²² sejam elas administrativas ou judiciais, assegurando, no último caso, o princípio da imparcialidade do magistrado.

Ao contrário dos juízes, os defensores públicos não podem e não devem ser imparciais, especialmente em um mundo marcado por injustiças, onde as pessoas consideradas “refugos”, “dejetos”, “restos” da lógica vigente precisam, urgentemente, de alguém que lhes dê vez e voz.

Assim, se a Constituição ‘é um instrumento do processo civilizatório’ com a ‘finalidade de conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados’ [BARROSO, 2009, p. 45], a Constituição brasileira colocou na Defensoria Pública a responsabilidade estatal de traduzir, identificar, sistematizar e protagonizar a maior aproximação das necessidades das pessoas em condição de vulnerabilidade não apenas do Poder Judiciário, mas da efetiva e eficaz resposta à violação sofrida, o que se pode e deve dar ainda no plano extrajudicial ou na própria contribuição ao aprimoramento das políticas públicas e da produção de leis.²³

A Defensoria Pública, enquanto instituição promotora do acesso à Justiça aos mais vulneráveis, aos excluídos e marginalizados, desempenha papel crucial na luta pela inclusão desses indivíduos. Cabe a ela, enquanto “expressão e instrumento do regime democrático”, realizar diariamente o apelo à democracia.

²¹ Art. 5º, LXXIV, da Constituição brasileira: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

²² “Todos reclamam da insegurança pública, mas muitos ignoram que a ‘solução’ passa por diminuir essa distância entre norma e realidade, o que demanda atenção da Justiça aos mais pobres – a se refletir na dos mais ricos. E essa ‘Justiça’ não alcança a compreensão da sua realidade concreta, cuja dimensão real é, no mais das vezes – por questões estruturais, culturais e orgânicas –, imprescindível sua mais autêntica e eficiente atuação. E talvez esse seja o ‘calcanhar de Aquiles’, pois essa ‘tradução’ é um processo de adequar ‘conhecimento técnico à linguagem leiga, permitindo um fluxo constante de informações entre as partes (MARQUES, 2013)’”. (ROCHA, Amélia Soares da; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de. A atuação da Defensoria Pública como um dos instrumentos de efetivação da cidadania da população em situação de rua. In: GRINOVER, Ada et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, p. 656).

²³ ROCHA, Amélia Soares da; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de. A atuação da Defensoria Pública como um dos instrumentos de efetivação da cidadania da população em situação de rua. In: GRINOVER, Ada et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, p. 657.

O contato diário com a realidade vivida pelos assistidos, além de sua presença nos seus momentos de dor e vitórias, permite que a Defensoria Pública adequue o conhecimento técnico à linguagem leiga e vice-versa, em uma frutífera troca.

A afirmação e a valorização da Defensoria Pública se devem, em grande medida, ao trabalho desempenhado por todos que, de alguma forma, contribuem para o aprimoramento dessa instituição, que, acima de tudo, possibilita e valoriza a abertura de diálogo com os vulneráveis, marginalizados e excluídos, reais beneficiários de seus serviços.

A atuação da instituição defensorial deve priorizar a adoção de uma postura inclusiva e pluralista, que não vise à imposição de regras e modos de vida entendidos como os mais “adequados”, mas, sim, que seja capaz de lidar com aqueles que vivem à margem da sociedade, respeitando seu próprio tempo e espaço. Construir pontes de comunicação entre as diferenças é a função atribuída à Defensoria Pública e a todos aqueles que almejam uma sociedade mais inclusiva, democrática, plural e humanista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas em situação de rua, assim como todas as outras marcadas com o estigma de “refugos humanos” ou “população redundante” de que trata o sociólogo Zygmunt Bauman (negros, pobres, mulheres, LGBT’s, indígenas, entre tantos outros), possuem em comum a dureza da luta diária por melhores condições de vida, em um mundo marcado por desigualdades e injustiças.

A presente pesquisa buscou problematizar as diferentes formas de intervenção com a população de rua, que, na sua grande maioria, lidam com a rua sob a ótica dicotômica da simples inclusão – muitas vezes, com a aniquilação de suas subjetividades – ou do isolamento e extermínio. Buscou-se expor uma terceira via, uma forma de intervenção com a população de rua que não se limita à referida lógica dualista, mas que, acima de tudo, é capaz de lidar com as contradições existentes na sociedade de forma inclusiva e pluralista, permitindo abrir espaço àqueles destinados a não ter lugar no que consideramos oficial.

Em seguida, ao traçar o perfil da instituição defensorial, concluiu-se que a Defensoria Pública, enquanto instituição caracterizada por ser “expressão e instrumento do regime democrático” (art. 134 da CF/88), exerce importante papel na luta pela inclusão dos mais vulneráveis, o que abrange, inegavelmente, as pessoas em situação de rua.

Restou constatado que a Defensoria Pública é a instituição dentro do sistema de Justiça mais capacitada para a função de “tradução” da realidade concreta às instâncias decisórias, especialmente em virtude do contato diário que mantém com a realidade vivida pelos assistidos, pessoas vulneráveis e marginalizadas, o que permite à instituição defensorial adequar o conhecimento técnico à linguagem leiga e vice-versa, contribuindo, assim, para que a “Justiça” alcance a verdadeira compreensão da realidade vivida pelos excluídos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BRASIL. *Decreto nº 7.053*, de 23 de dezembro de 2009. D.O.U. de 24 de dezembro de 2009.

GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2014.

MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2014.

ROCHA, Amélia Soares da; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de. A atuação da Defensoria Pública como um dos instrumentos de efetivação da cidadania da população em situação de rua. In: GRINOVER, Ada et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 1, p. 29-44, dez. 2013.

DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL E RESPONSABILIDADE DO ESTADO À LUZ DO CASO ALYNE PIMENTEL: UMA ABORDAGEM DE DIREITOS HUMANOS

INTERSECTIONAL DISCRIMINATION AND STATE RESPONSIBILITY IN THE LIGHT OF THE CASE ALYNE PIMENTEL: A HUMAN RIGHTS BASED APPROACH

Tatiana Pessoa da Silveira Santos Lardosa

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela UFRJ. LL.M. em Direito das Minorias e a Lei (Minorities Rights and the Law) pela Middlesex University London – Reino Unido. tapessoa@hotmail.com.

Resumo: Este artigo pretende analisar uma decisão internacional proferida pelo Comitê da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) em uma comunicação individual, que colocou na vanguarda o reconhecimento da discriminação interseccional e sua relação com o direito das mulheres à saúde e a responsabilidade do Estado. O caso *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil*, que envolveu a morte materna evitável de uma mulher pobre e afrodescendente, demonstra como uma abordagem de direitos humanos para a saúde revela as falhas institucionais e consegue uma mudança de paradigma da responsabilidade política para a responsabilidade civil do Estado.

Palavras-chave: Mortalidade materna. Abordagem de direitos humanos. Discriminação interseccional. Responsabilidade do Estado.

Abstract: This article intends to analyze an international decision issued by the Committee of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) in an individual communication, which has placed at the forefront the recognition of intersectional discrimination and its relation to women's right to health and State responsibility. The case *Alyne da Silva Pimentel Teixeira v Brazil*, which involved a preventable maternal death of a poor Afro-descent woman, demonstrates how a human rights approach to maternal health reveals the institutional failures and achieves a paradigm shift from political to legal accountability.

Keywords: Maternal mortality. Human rights based approach. Intersectional discrimination. State accountability.

INTRODUÇÃO: O CASO ALYNE DA SILVA PIMENTEL TEIXEIRA E SUAS REPERCUSSÕES

Uma comunicação individual apresentada perante um sistema internacional pode mostrar-se importante estratégia para promover a ação estatal na melhoria das condições de vida de determinada população. Ao se concentrar

em uma vítima conhecida e em circunstâncias concretas, é mais factível identificar a violação de direitos e a competente reparação.

O caso internacional *Alyne da Silva Pimentel Teixeira* (“Alyne”) vs. Brasil, apresentado perante o Comitê da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e que envolve a morte materna, traz à tona questões complexas e importantes, como a análise da discriminação interseccional e a mudança de paradigma da responsabilidade política para a responsabilidade civil do Estado.

Certas mulheres vivenciam formas múltiplas e cruzadas de discriminação que exacerbam a exclusão tanto na lei quanto na prática e enfrentam maiores restrições ao pleno gozo de seus direitos. Dessa forma, ao desenvolver uma compreensão da interseção, particularmente por meio do reconhecimento da discriminação interseccional, uma decisão judicial é capaz de identificar a dinâmica de poder que perpetua padrões de privilégio e desvantagem. Consequentemente, a igualdade substantiva pode tornar-se mais viável.

Nesse contexto, ao considerar as condições fáticas do caso em análise, este artigo pretende avaliar a responsabilidade do Estado pelo acesso oportuno, livre e sem discriminação aos serviços de saúde de qualidade durante a gravidez e na hora do parto, o que, por outro lado, leva a uma análise de todo o sistema de saúde. A morte alcançou uma mulher específica que se tornou internacionalmente conhecida. No entanto, esse caso representa numerosas mulheres brasileiras, afrodescendentes e que vivem nas piores condições no Brasil, seja em áreas rurais, urbanas ou periféricas. Esse caso usou a autoridade do direito internacional para exigir mudanças sociais em nome de mulheres cujas vozes não podem ser ouvidas.

a) **COMPREENDENDO OS FATOS: COMUNICAÇÃO Nº 17/2008¹**

O caso *Alyne da Silva Pimentel Teixeira* (“Alyne”) vs. Brasil, apresentado perante o Comitê da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), mediante seu protocolo opcional, é a primeira reclamação sobre mortalidade materna apresentada ao Comitê internacional.² Além de trazer a mortalidade materna como elemento diferencial, esse caso paradigmático levou à única “condenação” do Estado brasileiro perante um organismo do Sistema Universal dos Direitos Humanos.³

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017. (Neste trabalho será considerado caso Alyne para fins de referência).

² Protocolo Adicional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aberto à assinatura em 10 de dezembro de 1999, entrada em vigor em 22 de dezembro de 2000. GA Res A / 54/4, 2131 UNTS 83 – Art. 2 (ratificado pelo Brasil em 28 de junho de 2002, sem reservas).

³ Em OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; SCHIRMER, Julia Barros. Caso *Alyne Pimentel*: uma abordagem analítica da base de dados dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 12, p. 11-22, 2012. A interpretação do Comitê CEDAW não é juridicamente vinculativa. No entanto, há crescente reconhecimento de que é revestida de autoridade e legitimidade. A decisão “não tem a força legal vinculativa de uma sentença; no entanto, apresenta força vinculativa na medida em que, ratificando o tratado, o Estado deve cumpri-lo de boa fé, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”.

Alyne era uma mulher brasileira, pobre e afrodescendente, vivendo na periferia do Rio de Janeiro, que morreu aos 28 anos devido ao precário tratamento médico recebido durante o pré-natal e o parto. Poucos dias antes do parto de um feto morto, ela foi internada em uma clínica de saúde privada, reclamando de náuseas e dor abdominal. Apesar de apresentar sintomas de uma gravidez de alto risco, recebeu a recomendação de que voltasse dois dias depois para testes de sangue e urina. Nesse intervalo, Alyne partejou um feto de 27 semanas de idade e submeteu-se a uma cirurgia para remover a placenta, o que somente ocorreu 14 horas após o parto, muito embora devesse ter ocorrido de forma imediata. Sua saúde se deteriorou rapidamente. A clínica de saúde entrou em contato com hospitais públicos e privados com instalações compatíveis aos cuidados intensivos de saúde que a paciente apresentava. Um hospital municipal recusou-se a enviar sua única ambulância disponível para transportá-la. Alyne esperou em condições críticas durante oito horas antes de ser removida para o Hospital Geral de Nova Iguaçu. Ao chegar, ficou sozinha em uma área improvisada no corredor durante 21 horas até morrer. A causa da morte foi uma hemorragia digestiva em consequência do parto prematuro e desassistido. Os registros médicos anteriores não foram apresentados pela clínica. Ela deixou uma filha de cinco anos. Isso ocorreu em novembro de 2002.⁴

Duas medidas legais, uma nacional e outra internacional, foram apresentadas em nome de Alyne. Uma ação indenizatória foi ajuizada pleiteando o reconhecimento da responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro e dos municípios de Belford Roxo e Nova Iguaçu pela falha na prestação de assistência médico-hospitalar ocorrida na Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória, em Belford Roxo, na Unidade Hospitalar Casa de Saúde e Maternidade Quinze de Agosto Ltda., também no Município de Belford Roxo, e no Hospital Geral de Nova Iguaçu, afirmando que todos são integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) na qualidade de conveniados. Para tanto, sustentou-se a falta de fiscalização pelo poder público das condições dos hospitais conveniados ao SUS, onde a assistência médico-hospitalar de Alyne foi inicialmente realizada, sob o argumento de que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público devem ser responsabilizadas na forma como preceitua a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º. Pleiteou-se, ainda, a condenação de todos os réus em danos materiais e morais para o marido e a filha de Alyne.⁵ Em 2013, foi proferida decisão em primeira instância, concedendo danos morais e uma pensão para a filha de Alyne retroativa à morte de sua mãe até a maioridade civil. No entanto, a decisão não reconheceu expressamente a responsabilidade do Estado pela má qualidade dos cuidados de saúde prestados nos hospitais e clínicas públicos ou conveniados. O recurso interposto, julgado em 18.7.2017, ainda não transitou em julgado.⁶

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 2.14. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Ação Indenizatória 0015253-21.2003.8.19.0001*. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 31 jul. 2017.

A segunda medida, de natureza internacional, foi apresentada em novembro de 2007 ao Comitê CEDAW pela mãe de Alyne, Maria de Lourdes da Silva Pimentel, agindo por conta própria e em nome da família. A reclamante foi representada pela Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (Advocaci) e pelo Center of Reproductive Rights. A reclamação arguiu a violação, pelo Estado brasileiro, do direito de Alyne ao acesso à justiça (art. 2º), do direito à saúde sem discriminação (art. 12) e do direito à vida (art. 1º).⁷ A decisão da CEDAW, por sua vez, reconheceu a obrigação imediata do Brasil de abordar e reduzir a mortalidade materna sob uma perspectiva de direitos humanos e também influenciou a adoção da Orientação Técnica sobre Mortalidade Materna emitida pelo Gabinete do Alto Comissário para Direitos Humanos.⁸

b) A MORTALIDADE MATERNA COMO INDICADOR DE INJUSTIÇA SOCIAL

A redução das taxas de mortalidade materna é um tema que ganhou importância internacional na última década, constituindo-se como um dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio⁹ e da Agenda de Desenvolvimento Sustentável de 2030, ambos das Nações Unidas.¹⁰ No Brasil, a análise da mortalidade materna revela-se um bom indicador de injustiça social.¹¹ A situação vivenciada por milhares de mulheres brasileiras, pobres e afrodescendentes, que perdem a vida todos os anos devido à morte materna evitável, faz parte de um quadro de violência estrutural refletido na omissão e negligência das decisões políticas e legislativas.¹²

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Adotada em 18 de dezembro de 1979, entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. Esses argumentos basearam-se nos seguintes motivos: inicialmente, no momento da reclamação apresentada perante o Comitê, o Poder Judiciário no Brasil não havia emitido decisão final sobre a ação indenizatória proposta, violando o direito da família de Alyne ao efetivo acesso à Justiça. Em segundo lugar, o Estado brasileiro não conseguiu garantir o acesso oportuno de Alyne a serviços de saúde de qualidade durante a gravidez e o parto, ameaçando o direito à vida, à saúde e o direito de viver livre de discriminação. Essa falha foi evidenciada pela falta de profissionais de saúde qualificados e pela ausência de um sistema de saúde efetivo. Isso foi particularmente decisivo devido ao *status* de Alyne como mulher pobre e afrodescendente.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A/ HRC 21/22 (Guia Técnico da ONU).

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Declaração do Milênio das Nações Unidas*. Assembleia Geral Res 55/2 (18 de setembro de 2000) UN Doc A / RES / 55/2.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Ban Ki-moon e os objetivos de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/secretary-general/>>. Acesso em: 19 jul. 2016; UN Doc, § 26, Objetivo 3 e 3.1.

¹¹ Para fins da presente análise, a mortalidade materna e a morte relacionada à gravidez serão consideradas como a morte de uma mulher durante a gravidez ou no prazo de 42 dias após o término da gravidez, independentemente da causa da morte, conforme determina a OMS em *A taxa de mortalidade materna (por 100 000 nascidos vivos)*. (WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Health statistics and information systems*. Disponível em: <<http://www.who.int/healthinfo/statistics/indmaternalmortality/en/>>. Acesso em: 19 jul. 2016).

¹² No Brasil, as mulheres afrodescendentes têm sete vezes mais chances de morrer no parto do que mulheres brancas devido, em parte, a cuidados pré-natais de baixa qualidade. Ver em COOK, Rebecca J. Human rights and maternal health: exploring the effectiveness of the Alyne decision. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 104, 2013.

A maioria dessas mortes é evitável com o acesso a um sistema de saúde adequado.¹³ As causas fundamentais das altas taxas de mortalidade materna incluem disparidades socioeconômicas, regionais, de gênero e raciais. Nesse cenário, dado que 85% das mulheres afrodescendentes vivem abaixo da linha de pobreza,¹⁴ não é surpreendente que elas sejam as mais afetadas. De acordo com o Relatório Socioeconômico Anual da Mulher, a média da mortalidade materna é maior em algumas regiões, como o Norte, o Nordeste e o Centro-Oeste, coincidentemente as regiões mais pobres. Todos esses dados confirmam o grau de responsabilidade do Estado pelas mortes evitáveis de mulheres vulneráveis, constituindo um diagnóstico de acesso desigual aos serviços de qualidade fornecidos pelo setor público.¹⁵

Tal questão, portanto, afeta as mulheres de forma diferente, de acordo com sua identidade particular. A interseção entre gênero, raça e *status* socioeconômico cria uma forma de discriminação qualitativa e única que causa invisibilidade perante os processos de tomada de decisão. Dessa forma, uma análise com especial foco na discriminação interseccional e na abordagem baseada em direitos humanos possibilita descobrir e debater a invisibilidade de direitos e estabelecer ferramentas e mecanismos de proteção. É indubitável que nos últimos anos o Brasil ganhou reconhecimento mundial por abraçar uma perspectiva de direitos humanos por meio do quadro legal introduzido pela Constituição Federal de 1988 e leis infraconstitucionais. O Estado brasileiro ratificou os principais instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas e alguns dos protocolos facultativos.¹⁶ Além das mudanças legislativas incorporadas, o Brasil demonstrou significativos avanços para implementação do direito à saúde e direitos reprodutivos, por meio de políticas públicas.¹⁷ No entanto, embora haja aparente

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Final da CPI sobre Mortalidade Materna*. REL 1/2001 CPIMATER, 8 ago. 2001, p. 100. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=35269&ord=0>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

¹⁴ GALLI, Maria Beatriz et al. *Mortalidade materna e direitos humanos: as mulheres e o direito de viver livres da morte materna evitável*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2005, p. 12.

¹⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Política das Mulheres. *Relatório Anual Socioeconômico da Mulher*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013. p. 86 e 88.

¹⁶ O Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial em 1968; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1984; a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990; o Protocolo Facultativo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 2002; e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2008. O Brasil também é parte da Convenção Interamericana, Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seu protocolo adicional na área de direitos econômicos, sociais e culturais, que têm implicações importantes para os direitos discutidos aqui. No entanto, este artigo se concentrará apenas no Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas, principalmente na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. É importante consignar que a Constituição Federal de 1988 inclui os direitos humanos internacionais na lista de direitos constitucionalmente garantidos e, a partir da Emenda Constitucional de 2004 dá aos tratados internacionais de direitos humanos o mesmo *status* que as normas constitucionais.

¹⁷ Vide, por exemplo: BRASIL. Secretaria de Atenção a Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. *Pacto para Redução da Mortalidade Materna e Neonatal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/junho/20/2.a%20Pacto%20redu%C3%A7%C3%A3o%20mortalidade.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017; e BRASIL. Secretaria de Atenção a Saúde. *Portaria nº 1.459*, de 24 de junho de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS – a Rede Cegonha. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html>. Acesso em: 10 ago. 2017.

igualdade formal perante a lei, a igualdade substantiva permanece fora do escopo para muitas mulheres. Consideráveis lacunas e questões emergentes que perpetuam a discriminação, exclusão e desigualdade ainda permanecem sem solução.

1. A DECISÃO DE VANGUARDA DO COMITÊ CEDAW

A decisão do Comitê CEDAW publicada em 2011 estabeleceu que o Estado brasileiro era responsável pelas violações dos direitos de Alyne previstos nos seguintes artigos da Convenção: art. 2º (c), no que diz respeito ao acesso à justiça; art. 2º (e), quanto à obrigação do Estado de regular as atividades do setor privado de saúde, em combinação com o art. 1º, quanto à discriminação contra as mulheres. Além disso, determinou que as normas devem ser lidas em conjunto com o art. 12, relativo ao acesso à saúde, a Recomendação Geral nº 24 sobre mulheres e saúde¹⁸ e a Recomendação Geral nº 28 sobre as obrigações fundamentais dos Estados Partes nos termos do art. 2º da Convenção.¹⁹ Em suma, o Comitê da CEDAW concluiu que Alyne foi discriminada no campo dos cuidados de saúde não somente em razão do seu sexo, mas porque era afrodescendente e de baixa classe social, o que resultou em sua morte.²⁰

Essa decisão é a primeira emitida por um órgão internacional de direitos humanos para garantir que um Estado seja legalmente responsável por falhas institucionais e discriminatórias no sistema de saúde. Em particular, exige a implementação do direito das mulheres à assistência apropriada na gravidez, no parto e no período posterior ao parto.²¹ Nesse contexto, o reconhecimento da morte de Alyne, como morte materna, é um passo significativo para o avanço da mortalidade materna como grave violação dos direitos humanos.

Assim, quatro considerações são dignas de atenção nesta análise. Em primeiro lugar, o Comitê afirmou que o Brasil é “diretamente responsável pela ação de instituições privadas quando terceiriza seus serviços médicos” e deve preservar o dever de monitorar instituições públicas e privadas de saúde.²²

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR). *Recomendações Gerais do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. Recomendação Geral nº 24, sobre mulheres e saúde (art. 12º)* (adotada pelo Comitê na sua 20ª sessão, em 1999).

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR). *Recomendação Geral nº 28, sobre as obrigações fundamentais dos Estados Partes ao abrigo do art. 2º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* (adotada pelo Comitê na sua 47ª sessão, em 2010).

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. *Decisão de 25 de julho de 2011. Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 7.7. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹ BRASIL. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (adotada em 18 de dezembro de 1979, entrou em vigor em 3 de setembro de 1981), UN Doc A / 34/46, 1980, art. 12 (2).

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. *Decisão de 25 de julho de 2011. Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 7.5. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Assim, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do n.º 2 do art. 12 da CEDAW. Além disso, a decisão é fortemente apoiada pela Constituição Federal, que reconhece o direito à saúde como um direito humano fundamental. De fato, hospitais e clínicas de cuidados de saúde que prestam serviços gratuitos por meio de contratos e convênios com o SUS são considerados de relevância pública e estão sujeitos a regulamentação, supervisão e controle pelo governo, de acordo com a lei.²³

Em segundo lugar, o Comitê declarou que os serviços de saúde materna no Brasil não atendem as necessidades e os interesses específicos das mulheres.²⁴ Também constituiu uma violação do art. 12, n.º 2, da Convenção. Com efeito, o caso de Alyne enfatizou a baixa qualidade geral da saúde materna no Brasil, o que está em consonância com as altas taxas de mortalidade materna. O Comitê reconheceu que existem problemas estruturais sistemáticos que impedem o acesso das mulheres a serviços de saúde de qualidade. De acordo com o direito internacional, os direitos reprodutivos exigem que os aspectos dos cuidados de saúde, como os cuidados obstétricos de emergência, sejam disponíveis, acessíveis, aceitáveis e de qualidade adequada, sem discriminação.²⁵

Em terceiro lugar, reconhecendo a concessão pelo Estado brasileiro de disparidades na qualidade dos serviços de saúde, o Comitê reconheceu que o *status* social de Alyne colocava-a em um setor vulnerável da sociedade no tocante ao acesso de emergência.²⁶ Dada essa afirmação, o Comitê concluiu que Alyne “foi discriminada, não só com base em seu sexo, mas também com base em seu *status* de mulher de ascendência africana e seu contexto socioeconômico”.²⁷ Nessa esteira, o Brasil violou o art. 12, n.º 1, e o art. 2º da Convenção. Sem dúvida, o Comitê reconheceu expressamente a discriminação interseccional sofrida por Alyne, devido ao fato de ser uma mulher afrodescendente e pobre. O Comitê enfatizou “a existência de uma discriminação de fato contra as mulheres, especialmente as mulheres dos setores mais vulneráveis da sociedade, como as mulheres de ascendência africana”, discriminação agravada por “disparidades regionais, econômicas e sociais”, referindo-se às suas observações finais sobre o Brasil no Relatório de 2007.

²³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Art. 197. Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 7.6. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²⁵ YAMIN, Alicia Ely. *Power, suffering, and the struggle for dignity*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 2016, p.109.

²⁶ COOK, Rebecca J. Human rights and maternal health: exploring the effectiveness of the Alyne decision. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 108, 2013.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 7.7. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Curiosamente, o Comitê sublinhou que “a discriminação contra a mulher baseada no sexo e no gênero está indissociavelmente ligada a outros fatores que afetam as mulheres, como raça, etnia, religião ou crença, saúde, *status*, idade, classe, casta, orientação sexual e identidade de gênero”, e que a discriminação interseccional foi um fator decisivo na morte de Alyne.²⁸

Finalmente, o Comitê convocou o Brasil²⁹ a “cumprir sua obrigação de assegurar proteção judicial efetiva e de providenciar recursos judiciais adequados”. De acordo com o Comitê, o Brasil falhou nesse cenário por três razões: primeiro, nenhum processo foi iniciado para estabelecer a responsabilidade daqueles que prestaram cuidados de saúde à Alyne ou deixaram de prestar no tempo e forma devidos; em segundo lugar, a ação civil distribuída em 2003 pela família de Alyne ainda estava pendente de julgamento no momento da decisão do Comitê; em terceiro lugar, dois pedidos de tutela antecipada foram negados.

2. A RELEVÂNCIA DAS RECOMENDAÇÕES DO COMITÊ CEDAW

O Comitê fez recomendações substanciais que podem ser divididas em três categorias. Inicialmente, de natureza compensatória, o Comitê emitiu recomendações específicas para a família de Alyne. A esse respeito, o Comitê reconheceu o dano moral causado à mãe de Alyne e os danos morais e materiais sofridos por sua filha, que tinha 5 anos no momento da morte de sua mãe e ainda foi abandonada por seu pai, o que a obrigou a ir morar com sua avó materna em condições precárias. Nessa esteira, o Comitê recomendou que o Brasil oferecesse uma compensação financeira satisfatória para a mãe e a filha de Alyne, traduzida em verbas “proporcionais à gravidade das violações”.³⁰

Em uma segunda categoria, o Comitê emitiu recomendações sobre políticas de saúde pública, em particular para garantir os direitos das mulheres. Tal recomendação foi direcionada para³¹ (i) promoção da maternidade segura e acesso adequado a serviços obstétricos de emergência;

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 7.7. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 7.8. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 8.1. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 8.2 (a). Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

(ii) realização de treinamento adequado aos profissionais de saúde, especialmente no campo da saúde reprodutiva; e (iii) redução das mortes maternas evitáveis mediante a implementação do Pacto Nacional para a Redução da Mortalidade Materna e o estabelecimento de Comitês de Mortalidade Materna onde eles ainda não existam.

Finalmente, três recomendações quanto à responsabilidade do Estado, a saber:³² (i) assegurar o acesso a remédios judiciais efetivos nos casos de violações dos direitos reprodutivos das mulheres, proporcionando treinamento adequado para juízes e advogados no tocante às normas internacionais; (ii) garantir que todos os serviços de saúde estejam de acordo com padrões nacionais e internacionais no campo da saúde reprodutiva; e (iii) garantir que sejam aplicadas sanções aos profissionais de saúde que violem os direitos reprodutivos das mulheres.

Em uma leitura geral, ao estabelecer que o Brasil tem a responsabilidade legal de tomar medidas imediatas para reduzir a mortalidade materna, o Comitê apresentou a base jurídica necessária para uma abordagem de direitos humanos à saúde materna. Além disso, o reconhecimento legal da morte de Alyne como forma de discriminação contra as mulheres “acrescenta uma dimensão importante à jurisprudência internacional emergente de direitos relacionados à saúde”³³, uma vez que o reconhecimento de cuidados essenciais de saúde de que apenas as mulheres necessitam é um ponto analítico para o CEDAW.

No entanto, a capacidade de identificar a discriminação interseccional com base em sexo, raça e *status* socioeconômico é o aspecto mais importante da decisão. Esta alcançou Alyne individualmente, mas tem uma dimensão muito maior para os direitos das mulheres no cenário contemporâneo. Como já mencionado, a discriminação interseccional refere-se a múltiplos aspectos de identidade interagindo para criar uma forma única de discriminação. As identidades são tão inseparáveis que a experiência de discriminação não pode ser desagregada em diferentes partes, o que cria diferentes consequências para aqueles afetados por motivos múltiplos e intrinsecamente vinculados e para aqueles que estão sujeitos a apenas uma forma de discriminação.

A preocupação com a discriminação múltipla e interseccional já vem sendo compartilhada por diversos órgãos de monitoramento de tratados de direitos humanos das Nações Unidas.³⁴ A abordagem singular da lei de

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 8.2 (c). Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

³³ COOK, Rebecca J. Human rights and maternal health: exploring the effectiveness of the Alyne decision. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 109, 2013.

³⁴ Vide, por exemplo ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR). *Comentário Geral nº 22: sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva* (art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 2016; *Recomendação Geral nº 27, sobre mulheres idosas e a proteção dos seus direitos humanos* (adotada pelo Comitê na sua 47ª sessão, 2010); *Recomendação Geral nº 25, sobre medidas temporárias especiais* (art. 4º, nº 1) (adotada pelo Comitê na sua 30ª sessão, 2004); *Recomendação Geral nº 28, sobre as obrigações fundamentais dos Estados Partes ao abrigo do art. 2º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* (adotada pelo Comitê na sua 47ª sessão, em 2010).

discriminação, por meio de remédios fornecidos em casos individuais, bem como em recomendações e observações em relatórios periódicos, tem sido criticada por não capturar as complexidades experimentadas por essa forma de discriminação. Assim, o desenvolvimento do exercício de interpretação pelos órgãos de tratados demonstra que a interseccionalidade tem um espaço no direito internacional dos direitos humanos “como uma ferramenta de observação e como um quadro para orientar mudanças políticas e legislativas”.³⁵

Nesse cenário, o Comitê CEDAW não perdeu de vista a dimensão mais ampla das questões envolvidas, apesar de analisar um caso individual. Uma característica notável da decisão é a “mudança de foco repetida da vítima individual para populações vulneráveis”. Dos perpetradores individuais de violações dos direitos humanos aos fatores institucionais e sistêmicos que contribuíram para as desigualdades na saúde.³⁶ De fato, a decisão vai além da reparação individual para recomendar medidas gerais e importantes no campo da atenção à saúde e para garantir um atendimento materno equitativo a todas as mulheres no Brasil.

Importante mencionar que a experiência de Alyne teve um impacto específico que não era comum às mulheres brasileiras grávidas, brancas e de classe média e que suas explicações sobre os sintomas não faziam dela uma candidata para atendimento de emergência.³⁷ As mulheres afrodescendentes brasileiras têm sete vezes mais chances de morrer no parto do que as mulheres brancas devido, em parte, a cuidados pré-natais de baixa qualidade.³⁸ Como esperado, as diferentes taxas de mortalidade materna entre as mulheres afrodescendentes e outras mulheres no Brasil classificam-nas pela raça, demonstrando a injustiça no SUS.

3. A CONFORMIDADE DO BRASIL SOB UMA ABORDAGEM BASEADA NOS DIREITOS HUMANOS

Considerando o amplo espectro das recomendações da CEDAW no caso Alyne, é possível ao Brasil adotar políticas públicas apropriadas aos seus recursos disponíveis. No contexto atual, as estratégias governamentais mais importantes para melhorar a igualdade de acesso das mulheres aos serviços de saúde e para reduzir as mortes maternas evitáveis são o Pacto Nacional para a Redução da Mortalidade Materna, lançado em 2004, e a Rede Cego-nha, lançada em 2011. No entanto, essas políticas falham, principalmente, pela ausência de metas específicas para reduzir as desigualdades na saúde e

³⁵ TRUSCAN, Ivona et al. International Human Rights Law and Intersectional Discrimination. *The Equal Rights Review*, v. 16, p. 130, 2016.

³⁶ COOK, Rebecca J. Human rights and maternal health: exploring the effectiveness of the Alyne decision. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 110, 2013.

³⁷ COOK, Rebecca J. Human rights and maternal health: exploring the effectiveness of the Alyne decision. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 109, 2013.

³⁸ COOK, Rebecca J. Human rights and maternal health: exploring the effectiveness of the Alyne decision. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 104, 2013.

por não abordarem a discriminação múltipla por motivos de gravidez, raça ou *status* socioeconômico no sistema de saúde.³⁹

O Pacto Nacional tem sido motivo de preocupação pelo Comitê CEDAW desde 2007.⁴⁰ Apesar do planejamento e do orçamento, o programa não foi efetivamente implementado.⁴¹ Os comitês de mortalidade materna, tal como previstos, não foram estabelecidos em todas as regiões, o que torna muito difícil avaliar se o sistema de saúde está respondendo efetivamente às necessidades das mulheres de forma não discriminatória.

Por outro lado, a Rede Cegonha aparece como uma resposta às recomendações feitas pelo Comitê CEDAW no caso Alyne. Essa política pública foi concebida para assimilar os princípios de respeito, proteção e cumprimento dos direitos humanos. O governo brasileiro procurou construir uma estratégia alinhada com os padrões internacionais de direitos humanos e incorporou os princípios de não discriminação, participação e igualdade.⁴² Um ponto crucial da política em questão, no entanto, é a inexistência de proteção específica para os grupos vulneráveis, especialmente mulheres de origem africana e de baixo *status* socioeconômico.⁴³

Nesse ponto, o Estatuto da Igualdade Racial, adotado pelo Congresso Nacional pouco antes do lançamento da Rede Cegonha, fornece justificção legal para a adoção de medidas especiais de proteção de forma a reverter

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU), § 42: “A correção da discriminação no acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva pode exigir medidas especiais para assegurar a distribuição e equidade de instalações, bens e serviços de saúde, incluindo situações onde os percentuais da população ou dados de custo efetivo não justificariam tal ação” (tradução livre).

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW). *Comentários finais*. Brasil, 10 ago. 2007. CEDAW / C / BRA / CO / 6, § 30.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU), § 53: “Apesar da elaboração e planejamento de políticas nacionais, a falta de respeito, proteção e cumprimento dos direitos das mulheres à saúde materna é frequentemente observada ou torna-se evidente na implementação. Identificar uma obstrução para a implementação efetiva requer exercícios de diagnóstico periódicos, de baixo para cima nos locais para verificar e fornecer *feedback* sobre o que está acontecendo com quem e onde [...]” [minha tradução].

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU), § 19.

⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de direitos humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU), § 15: “Os direitos humanos exigem uma atenção particular aos grupos vulneráveis ou marginalizados” (tradução livre); ver também o *Comentário Geral nº 14*: Direito ao mais alto padrão de saúde possível (art. 12º) (11 de agosto de 2000) Doc. ONU E / C.12 / 2000 / 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CESCR).

situações históricas de discriminação, especialmente quanto a raça e gênero,⁴⁴ incluindo o direito à saúde.⁴⁵

A implementação efetiva da Rede Cegonha precisa, portanto, superar alguns desafios. Apesar de políticas e programas elaborados, o governo precisa identificar quais fatores estão impedindo as mulheres afrodescendentes de experimentar gravidez e parto seguros e quais instituições são responsáveis pela omissão ou negligência. E, finalmente, quais medidas regulares ou temporárias positivas devem ser tomadas para melhorar a maternidade segura e reduzir a mortalidade materna entre essas mulheres vulneráveis.⁴⁶

Somando-se a isso, a transparência que permite uma participação significativa é fundamental para o círculo da responsabilidade (*accountability*) nos sistemas de saúde, os quais, muitas vezes, estão sujeitos ao desvio e à corrupção.⁴⁷ A transparência na tomada de decisões ajuda a garantir que o orçamento seja alocado conforme o esperado e beneficie os corretos destinatários. E, assim, se qualquer etapa desse processo não for executada corretamente, os remédios judiciais devem ser utilizados para assegurar a proteção dos direitos ou para pleitear a reparação e a garantia de não repetição das violações aos direitos relacionados à saúde.⁴⁸

Para isso, o empoderamento das mulheres afrodescendentes, de forma a fornecer-lhes a compreensão de que elas são sujeitos de direitos humanos com capacidade para exigí-los, é uma importante iniciativa,⁴⁹ como também

⁴⁴ KATO, Shelma Lombardi de. Gênero e direitos humanos: a contribuição do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 12, p. 378, 2016.

⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 12.288*, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Arts. 6º, 7º e 8º.

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU) §§ 24, 31, 36 e 41.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU), §§ 17, 25, 43, 63 e 67.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU), § 77.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU), § 8: “Os direitos humanos versam sobre o empoderamento e o direito das pessoas em relação a certos aspectos de suas vidas, incluindo sua saúde sexual e reprodutiva. O direito internacional dos direitos humanos inclui compromissos fundamentais dos Estados para permitir que as mulheres sobrevivam à gravidez e ao parto como parte do seu gozo dos direitos à saúde sexual e reprodutiva e uma vida digna. Uma prática sólida de saúde pública é crucial para que os Estados possam cumprir esses direitos básicos, mas deve ser complementada por medidas mais amplas para abordar o empoderamento das mulheres” e § 67: “[...] a *accountability* é central para cada etapa de uma abordagem baseada nos direitos humanos. Requer não apenas a transparência, mas a participação significativa das populações afetadas e dos grupos da sociedade civil. A responsabilização efetiva também exige que indivíduos, famílias e grupos, incluindo mulheres de populações vulneráveis ou marginalizadas, estejam conscientes de seus direitos em relação à saúde sexual e reprodutiva e estejam capacitados para fazer reivindicações fundamentadas nesses direitos”.

o é o estabelecimento de mecanismos judiciais e quase-judiciais, como comissões de direitos humanos e *ombudsman*, para revisar as políticas e estratégias de saúde.⁵⁰

Por fim, para que os remédios judiciais sejam eficazes, o Brasil deve lidar legalmente com a discriminação interseccional e garantir que o Judiciário tenha pleno conhecimento de sua natureza.⁵¹ Além disso, é imprescindível uma reflexão sobre a disparidade entre as decisões judiciais que reconhecem direitos individuais à saúde e as que reconhecem os direitos coletivos. Essas últimas necessitam abordar uma mudança estrutural que beneficie todo um grupo vulnerável. O que se observa é que os direitos sociais coletivos ainda são tratados como de natureza programática, o que resulta em questões relativas à sua justiciabilidade.

CONCLUSÃO

Apesar das dificuldades enfrentadas, a decisão da CEDAW no caso Alyne é uma potencial referência para a jurisprudência brasileira na medida em que reconhece direitos coletivos das mulheres além da esfera dos direitos individuais e aborda os fatores sistêmicos de saúde que levam a mortes maternas. Por sua natureza, essa decisão abre ampla discussão sobre como as sociedades negligenciam frequentemente mulheres grávidas que vivem abaixo da linha de pobreza.

A decisão também enfatiza o que pode ser feito pelos sistemas de saúde para prevenir a mortalidade materna, especialmente no que se refere aos grupos vulneráveis. Nessa esteira, os determinantes sociais e as estruturas de poder que moldam os direitos das mulheres confirmam o grau de responsabilidade do Estado e fortalecem o diagnóstico de acesso desigual aos serviços de saúde e a baixa qualidade dos serviços oferecidos pelo setor público.

Como visto, a mortalidade materna no Brasil é muito maior entre as mulheres afrodescendentes e apresenta-se como grande indicador da desigualdade social. Por esse motivo, as políticas públicas devem levar em consideração as características específicas dessas mulheres vulneráveis, e o princípio da não discriminação exige que o Estado adote medidas positivas e temporárias para permitir o acesso aos serviços de saúde reprodutiva e materna.

Com efeito, uma abordagem da saúde baseada em direitos humanos tem implicações operacionais no planejamento, no orçamento, na implementação, no monitoramento e na garantia de remédios adequados para a adoção ou o desenvolvimento de políticas públicas. Essa perspectiva tende a se concentrar em desigualdades, práticas discriminatórias e relações assimétricas de

⁵⁰ OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; SCHIRMER, Julia Barros. Caso Alyne Pimentel: uma abordagem analítica da base de dados dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 12, p. 18, 2012.

⁵¹ COOK, Rebecca J. Human rights and maternal health: exploring the effectiveness of the Alyne decision. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 115, 2013; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU), §§ 79 e 80.

poder, uma vez que a eliminação de todas as formas de discriminação é um aspecto central da abordagem baseada nos direitos humanos.⁵²

Diante desse contexto, o reconhecimento legal da morte de Alyne, como forma de discriminação interseccional contra as mulheres na esfera da saúde, acrescenta uma dimensão importante não só ao movimento internacional emergente, mas também ao amadurecimento e à reflexão da jurisprudência brasileira, abrindo caminho para que importantes questões legais e políticas sejam levadas em consideração.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Final da CPI sobre Mortalidade Materna*. REL 1/2001 CPIMATER, 8 ago. 2001, p.100. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=35269&ord=>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Adotada em 18 de dezembro de 1979, entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. UN Doc A / 34/46, 1980, art. 12 (2).

BRASIL. *Lei nº 9.656*, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 1º jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.288*, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 1º jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Guia de Vigilância Epidemiológica do Óbito Materno*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Política das Mulheres. *Relatório Anual Socioeconômico da Mulher*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.

⁵² OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; SCHIRMER, Julia Barros. Caso Alyne Pimentel: uma abordagem analítica da base de dados dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 12, 2012, p. 14. Ver também YAMIN, Alicia Ely et al. Between Insurreccional Discourse and Operational Guidance: Challenges and Dilemmas in Implementing Human Rights-Based Approaches to Health. *Journal of Human Rights Practice*, v. 6, n. 3, 2014, p. 463: "Uma abordagem de direitos humanos implica entender como leis, normas sociais, práticas tradicionais e respostas institucionais afetam positivamente ou negativamente o gozo dos direitos humanos" (tradução livre).

BRASIL. Secretaria de Atenção a Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. *Pacto para Redução da Mortalidade Materna e Neonatal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/junho/20/2.a%20Pacto%20redu%C3%A7%C3%A3o%20mortalidade.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. *Portaria nº 1.459*, de 24 de junho de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS – a Rede Cegonha. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html>. Acesso em: 10 ago. 2017.

COOK, Rebecca J. Human rights and maternal health: exploring the effectiveness of the Alyne decision. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 104, 2013.

GALLI, Maria Beatriz et al. *Mortalidade materna e direitos humanos: as mulheres e o direito de viver livres da morte materna evitável*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2005.

KATO, Shelma Lombardi de. Gênero e direitos humanos: a contribuição do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 12, p. 378, 2016.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; SCHIRMER, Julia Barros. Caso Alyne Pimentel: uma abordagem analítica da base de dados dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 12, n. 12, p. 11-22, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Ban Ki-moon e os objetivos de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainable-development/secretary-general/>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR). *Comentário Geral nº 14: direito ao mais alto padrão de saúde possível (art. 12)*, (11 de agosto de 2000) Doc. ONU E / C.12 / 2000 / 4.

_____. *Comentário Geral nº 22: sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva (art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)*, 2016.

_____. *Recomendação geral nº 22: sobre emendas ao art. 20 da Convenção (adotada pelo Comitê na sua 14ª sessão) 1995*.

_____. *Recomendação geral nº 24: sobre mulheres e saúde (art. 12) (adotada pelo Comitê na sua 20ª sessão) 1999*.

_____. *Recomendação geral nº 25: sobre medidas temporárias especiais (art. 4º, nº 1) (adotada pelo Comitê na sua 30ª sessão) 2004*.

_____. *Recomendação geral nº 27: sobre mulheres idosas e a proteção dos seus direitos humanos* (adotada pelo Comitê na sua 47ª sessão) 2010.

_____. *Recomendação geral nº 28: sobre as obrigações fundamentais dos Estados Partes ao abrigo do art. 2º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* (adotada pelo Comitê na sua 47ª sessão) 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW). *Comentários finais*. Brasil, 10 ago. 2007. CEDAW / C / BRA / CO / 6.

_____. *Relatório do Brasil no caso Alyne Pimentel*. Brasil, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decisão de 25 de julho de 2011. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil*. Comunicação nº 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008. § 7.7. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Conselho de Direitos Humanos. *Declaração do Milênio das Nações Unidas*. Assembleia Geral Res 55/2 (18 de setembro de 2000) UN Doc A / RES / 55/2.

_____. *Orientação técnica sobre a aplicação de uma abordagem baseada nos direitos humanos para a implementação de políticas e programas para reduzir a morbidade e mortalidade materna evitáveis* (2 de julho de 2012) UN Doc A (Guia Técnico da ONU).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração do Milênio. *Resolução nº 55/2*, 18 de setembro de 2000. UN Doc A / RES / 55/2.

PROTOCOLO Adicional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aberto à assinatura em 10 de dezembro de 1999, entrada em vigor em 22 de dezembro de 2000. GA Res A / 54/4, 2131 UNTS 83 - Art. 2 (ratificado pelo Brasil 28 de junho de 2002, sem reservas).

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Ação Indenizatória 0015253-21.2003.8.19.0001*. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 31 jul. 2017.

TRUSCAN, Ivona et al. International Human Rights Law and Intersectional Discrimination. *The Equal Rights Review*, v. 16, p. 130, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Health statistics and information systems*. Disponível em: <<http://www.who.int/healthinfo/statistics/indmaternal-mortality/en/>>. Acesso em: 19 jul. 2016).

YAMIN, Alicia Ely et al. Between Insurrectional Discourse and Operational Guidance: Challenges and Dilemmas in Implementing Human Rights-Based Approaches to Health. *Journal of Human Rights Practice*, v. 6, n. 3, p. 463, 2014.

YAMIN, Alicia Ely. *Power, suffering, and the struggle for dignity*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 2016.



INSTITUCIONAL

O ESTADO E A MÍDIA COMO AGENTES DESLEGITIMADORES DAS REIVINDICAÇÕES SOCIAIS E A IMPORTÂNCIA DE A DEFENSORIA PÚBLICA POSICIONAR-SE EM DEFESA DAS LUTAS POPULARES

STATE AND MEDIA AS DELEGITIMIZING AGENTS OF THE SOCIAL CLAIMS AND THE IMPORTANCE OF THE PUBLIC DEFENDERS OFFICE POSITIONING IT SELF IN FAVOR OF THE POPULAR FIGHTS FOR RIGHTS

Clara Welma Florentino e Silva

Defensora Pública do Estado do Maranhão. Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós graduada em Direito Penal e Criminologia pela Uninter (2016). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2010). Pesquisadora do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação (CEDD-UnB).

Resumo: Este trabalho aborda a repressão do Estado e da mídia às manifestações sociais e populares com medidas que se voltam, muitas vezes, à criminalização dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada. Assim, inicialmente, demonstra-se como o Estado, por meio do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, bem como a mídia, tem reprimido a manifestação e a luta popular por direitos. A seguir, contextualiza-se o fato nos ensinamentos teóricos do direito político de resistência e da desobediência civil, demonstrando-se como seria possível, no ordenamento pátrio, resistir a leis, decisões e ações injustas. Por fim, situa-se a Defensoria Pública nesse contexto, identificando em sua lei federal norteadora (Lei Complementar nº 80/94) e na sua relação umbilical com os movimentos sociais e populares a imperiosidade de sua atuação de resistência e apoio à população oprimida. Realizou-se análise bibliográfica e documental, com consulta a relatórios de organizações sociais e publicações dos meios de comunicação de massa.

Palavras-chave: Criminalização dos movimentos sociais e populares. Repressão. Direito político de resistência. Desobediência civil. Defensoria Pública.

Abstract: This paper discusses the issue of the media and the state repression to social and popular manifestations, where measures that often criminalize social movements and the organized civil society are applied. Initially, it's demonstrated how the State, through the Legislative, the Executive and the Judiciary powers, as the media as well, have repressed the popular struggle for rights. Next, it's demonstrated, through studies of the political resistance rights and of the civil disobedience, how it would be possible to resist to unfair actions and laws in the Brazilian juridical system. Finally, the Public Defender Office is put into this context, identifying in its guiding federal law (Complementary Law 80), and in its strong relationship with social and popular movements, the need of its support to the oppressed population. The bibliographic analysis was made by consulting social organizations reports and through publications from the mass media.

Keywords: Criminalization of social and popular movements. Repression. Resistance political rights. Civil disobedience. Public Defenders Office.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde os gregos, louva-se a participação dos cidadãos na política, na demanda e na formulação e implementação de seus direitos sociais. Na sociedade brasileira contemporânea, o desenvolvimento da cidadania em diversos espaços de articulação e participação, como conselhos, fóruns e conferências, fortaleceu a importância dos movimentos sociais, cuja articulação mostra-se imprescindível na busca da efetivação de direitos reconhecidos constitucionalmente, mas não implementados.¹

No entanto, o interesse na manutenção do *status quo* acaba impondo freios e tentando limitar a participação popular e a implementação de direitos e garantias, por meio de diversas formas de repressão, como a criminalização, a restrição de direitos e a estigmatização.

Como se passa a demonstrar, nas últimas décadas, tem-se presenciado no Brasil o processo de criminalização dos movimentos sociais e dos defensores de direitos humanos, com o nítido objetivo de invisibilizar ou deslegitimar as demandas sociais. Vê-se, pois, como a mídia e mesmo os órgãos do sistema de Justiça, assim como o Estado em geral, agiram e ainda agem no sentido de tratar perante a sociedade e perante a Justiça as lutas sociais como delitos.

Este trabalho almeja traçar um panorama acerca do desenvolvimento de mecanismos de repressão por parte do Estado e da mídia, muitas vezes pela via da criminalização dos movimentos sociais, dos defensores de direitos humanos e da própria pobreza. Assim, analisam-se a atuação de órgãos do sistema de Justiça, as discussões legislativas e a tipificação de ações de mobilização social como crimes, bem como a violência institucional na repressão à livre manifestação e à organização popular.

Nesse sentido, pretende-se sucintamente avaliar como tem se dado a judicialização do protesto social e como o Judiciário tem se manifestado em algumas situações que envolvem a tentativa de criminalização dos movimentos sociais. Objetiva-se, pois, em certa medida, questionar, como fizeram Antônio Escrivão Filho e Darci Frigo,² a qual Estado de direito serve o sistema de Justiça.

Paralelamente, abordam-se algumas manifestações do Legislativo, com propostas de leis que criminalizam as lutas sociais, em debates sobre a inclusão ou não das manifestações dos movimentos sociais na lista de atos de terrorismo.

Ademais, as ações do Executivo, ainda que sob o pretexto de combater os supostos crimes (condutas criminalizadas), manifestam-se atreladas a estratégias de cooptação e violência, demonstrando seletiva impunidade. Nesse sentido, criminalizam-se as reivindicações sociais, reprimindo-as com violência, mas toleram-se as agressões dos agentes públicos.

¹ FON FILHO, Aton. Criminalização dos movimentos sociais: democracia e repressão dos direitos humanos. In BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia. (Orgs.). *Criminalização dos protestos e movimentos sociais*. São Paulo: Instituto Rosa Luxemburgo, 2008, p.79-109.

² ESCRIVÃO FILHO, A.; FRIGO D. *A luta por direitos e a criminalização dos movimentos sociais: a qual Estado de direito serve o sistema de Justiça?* 2010. Disponível em: <<https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2010/05/Artigo-CPT-2010-Frigo-e-Escriv%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

Não bastasse essa esfera de atuação do Estado, por meio dos três poderes que o compõem, o chamado “quarto poder”, a mídia, também intervém para deslegitimar as lutas sociais, com estratégias de criminalização, desqualificação e inferiorização das classes populares e suas lutas.

Frise-se, por oportuno, que, quando o presente trabalho se refere à criminalização dos movimentos sociais e dos defensores de direitos humanos, o faz consciente de que esse é apenas um aspecto no contexto de repressão e deslegitimação das lutas populares. Assim, em que pese o foco na criminalização, não se pode esquecer o contexto de desqualificação do discurso e das práticas individuais e coletivas; de invisibilização da demanda e da historicidade dos atores sociais, em suas diferenças culturais ou de prática social; bem como a omissão estatal na criminalização seletiva de uns e na legitimação da violação de direitos por outros.

Dessa forma, neste artigo, busca-se demonstrar a atuação do Estado como agente deslegitimador das reivindicações sociais e populares, bem como a ação dos meios de comunicação nesse mesmo intento.

A seguir, adentra-se brevemente na questão do direito político de resistência e da desobediência civil, podendo-se, em caráter introdutório, considerar a inquietação trazida por Abraham “Abe” Fortas, então ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos:

Sou um homem da lei. Dediquei-me a cumprir a lei e executar suas ordens. Aceito sem discutir o princípio de que cada um de nós é compelido a obedecer à lei imposta pelo seu governo. Mas, se eu tivesse vivido na Alemanha de Hitler, espero que me tivesse recusado a usar uma braçadeira, a gritar *Heil Hitler*, a concordar com o genocídio. Assim o espero, embora os éditos de Hitler fossem lei até que os exércitos aliados destruíram o III Reich. Se eu tivesse sido um negro, vivendo em Birmingham ou Little Rock ou Plaquemines Parish, Louisiana, espero que tivesse insistido em frequentar os parques, as piscinas e as escolas que as leis estaduais e municipais houvessem reservados para os “brancos”. Espero que eu tivesse tido a coragem de desobedecer, embora os decretos de segregação fossem considerados lei até o momento em que fossem declarados inconstitucionais.³

Considerando o exposto pelo ministro, este artigo pretende citar exemplos de repressão pelo Estado e pela mídia no Brasil e em tempos recentes, provocando reflexões acerca do comportamento diante da opressão, seja pelos povos oprimidos, seja pela sociedade em geral, pelo Estado e pela mídia.

Amplia-se, pois, a análise do sujeito que sofre a opressão, alcançando a sociedade que silencia e ignora a opressão e aqueles que reprimem a luta dos que resistem. Pretende-se, mais que isso, refletir não apenas sobre as posturas que invisibilizam as lutas sociais, mas as que as criminalizam e reprimem.

³ FORTAS, Abraham. *Do direito de discordar e da desobediência civil*: temos uma alternativa para a violência. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1968, p. 9-10.

Ao final, objetiva-se, reconhecendo a circunstância da criminalização, bem como o contexto de repressão às manifestações sociais, trabalhar os desafios na construção de estratégias de resistência. Esse é um desafio que se coloca a instituições como a Defensoria Pública na defesa do hipossuficiente, dos movimentos sociais e populares contra a criminalização da pobreza e dos defensores de direitos humanos.

1. AÇÕES DO ESTADO E DA MÍDIA NA CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E POPULARES

1.1 A atuação do sistema de Justiça, as prisões e as manifestações na mídia

Inicialmente, questiona-se qual tem sido o papel do sistema de justiça – Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Judiciária – na luta por direitos sociais ainda não reconhecidos ou, mesmo que normatizados, ainda não efetivados. Nesse sentido, mostra-se necessário refletir sobre como esses órgãos estatais têm respondido à atuação dos povos que resistem à opressão e à atuação dos agentes públicos que reprimem essa resistência.

O Relatório de Conflitos no Campo da Comissão Pastoral da Terra (CPT), datado de 2015, traz dados que demonstram grande quantidade de prisões de trabalhadores rurais e suas lideranças, representando forte indicativo da forma de repressão aos movimentos sociais que chamamos de criminalização. É, pois, elemento que se soma às ações judiciais e aos inquéritos policiais desenvolvidos por agentes do sistema de Justiça, bem como por manifestações públicas divulgadas pela mídia. Como se passa a demonstrar a partir de alguns casos, ainda são comuns manifestações de órgãos estatais, que deveriam promover e garantir a difusão de direitos, no sentido de criminalizar os movimentos sociais que lutam por esses direitos.

Em fevereiro de 2006, a mídia divulgou conflito entre o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) e órgãos do sistema de Justiça em Pernambuco.⁴ Na ocasião, cinco lideranças do movimento foram presas e acusadas de “incitar o crime”, “invadir propriedade” e “danificar patrimônio particular” da Usina Estreliana, em Gameleira (Mata Sul), em novembro de 2005. Na oportunidade, o coordenador do MST em Pernambuco, Cláudio Silva, explicou que lutar pela terra não é crime e que crime é não fazer reforma agrária. Em 2.2.2006, mais de 30 entidades ligadas a movimentos de direitos humanos lançaram um manifesto para a imprensa, órgãos governamentais e sociedade, denunciando a criminalização de militantes por parte do juiz e do promotor que atuavam à época na Comarca de Gameleira.

No dia anterior, o promotor de Justiça de Direitos Humanos José Edvaldo da Silva disse que tecnicamente não existiam elementos que incriminassem os líderes sem-terra, e que as decisões teriam sido meramente políticas.

⁴ CARTA MAIOR. *Justiça criminaliza MST em Pernambuco* – Promotoria está dividida. 2006. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Movimentos-Sociais/Justica-criminaliza-MST-em-Pernambuco-promotoria-esta-dividida/2/8971>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

Na ocasião, o aludido promotor reconheceu que a motivação da prisão era simplesmente o fato de os militantes serem pobres e terem se organizado na luta por direitos.

Essa notícia apresenta os conflitos que envolveram o MST e os proprietários da Usina Estreliana, explicando a atuação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), em novembro de 2005, que conseguiu decisão judicial autorizando a imissão na posse da área. Essa decisão foi cancelada por uma liminar e levou ao protesto dos trabalhadores, que culminou com a prisão dos líderes do MST. Essa notícia aponta não apenas para a criminalização dos movimentos sociais, mas também para a resistência do Judiciário à realização da reforma agrária, mesmo quando o Executivo atua pela sua efetivação.

Pode-se citar, ainda, que, em julho de 2008, o Movimento do Ministério Público Democrático (MPD)⁵ divulgou nota em resposta a oito Ações Cíveis Públicas (ACP) do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em que se pedia a prisão de trabalhadores do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST). As ACP pediam a contenção dos trabalhadores sem-terra, buscando impedir suas marchas, reuniões e deslocamentos em defesa da função social da propriedade.⁶ Nessa oportunidade, o MPD manifestou repúdio a qualquer ação de seus colegas no intuito de criminalizar os movimentos sociais, explicando que, embora respeitando a liberdade de convicção dos membros do Ministério Público gaúcho, repudiava qualquer medida que viesse a tolher de forma genérica o direito a livre associação, reunião e locomoção de cidadãos por todo o território nacional, uma vez que esses direitos são assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Interessante a manifestação de Cristiane Reis, em que ela analisa processos criminais nos quais os líderes do MST foram julgados, constatando uma cisão do Judiciário entre os anseios de uma minoria dominante e a possibilidade de posturas emancipatórias. Nesse sentido, afirma a advogada que:

Historicamente, o campo sempre foi área de grande interesse econômico e político, onde a desigualdade, em todo o tempo, se fez presente e com ela a violência institucional e estrutural, por parte daqueles que intencionam manter seu poder. No Brasil, as sesmarias deram início à caótica estrutura agrária, com a bipolaridade marcada entre os latifúndios e aqueles que são alijados do acesso à terra. Hoje, o cenário não se faz diferente. Como toda ação provoca uma reação, após a ditadura militar, os trabalhadores rurais viram a necessidade de sua organização para pleitear o acesso e permanência na terra. Tal mobilização teve forte contra-reação, culminando, a partir dos anos 90 do século passado, com um novo paradigma de opressão contra

⁵ O MPD é entidade não governamental sem fins econômicos, de caráter não corporativo, e que congrega representantes do Ministério Público de todo o Brasil.

⁶ CONJUR. *MPD repudia ação da promotoria para criminalizar MST*. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-06/mpd_repudia_acao_promotoria_criminalizar_mst> Acesso em: 16 JUL. 2016.

os trabalhadores rurais sem-terra: a criminalização dos membros dos movimentos sociais. Passou-se a utilizar a mão repressora do Judiciário para tal intento e o caráter marcadamente conservadorista deste órgão serviu bem a seu propósito.⁷

Percebe-se, pois, que a criminalização dos movimentos sociais pelos órgãos do sistema de Justiça compreende tanto o uso de ações criminais quanto as manifestações políticas de juízes e promotores. Percebe-se, ainda, como essas atitudes se propagam no tempo e assumem novos contornos, como a recente criminalização de atos de protesto.

Mostra-se importante a sucinta análise de outro caso. Em outubro de 2011, o MST lançou nota de repúdio ao ato de um promotor de Justiça que, em audiência pública em que se discutia a falta de segurança na cidade, atribuiu toda a falta de segurança na região aos trabalhadores sem-terra, que, segundo ele, era de onde partia toda a “bandidagem” no município. A manifestação ministerial ocorreu em 20.9.2011, na Câmara dos Vereadores de Atalaia/AL.⁸ Além do claro exemplo de criminalização dos movimentos sociais, a afirmação do promotor demonstra como ele enxerga o problema da segurança na cidade apenas pela ameaça às terras da minoria dominante.

Percebe-se, pois, mais do que a falta de apoio às lutas populares por terra, moradia, educação, saúde, passe livre, atuações do sistema de Justiça no sentido de deslegitimar as reivindicações sociais, agindo contrariamente aos seus interesses.

1.2 Atuação do Legislativo: a promulgação de leis e o “ressurgimento” de leis usadas no período ditatorial pátrio

A Lei nº 13.260/2016, conhecida como Lei Antiterrorismo, regulamenta o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, disciplinando o que seria “terrorismo”, bem como tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de “organização terrorista”.

No entanto, o próprio conceito de terrorismo mostra-se difuso, variando tanto quanto as possíveis formas de aparição do próprio terrorismo. O perigo dessa definição reside justamente no extenso catálogo de fatos puníveis, sendo necessário observar que, mesmo em países que vivam a realidade de ataques dessa natureza, não é possível abdicar do respeito à proporcionalidade e à estrita legalidade quando há possibilidade de restrição de direitos. Essa é uma premissa que acompanha os próprios basilares do Estado de direito, tão lembrados quando se questionam direitos de resistência, mas às vezes tão esquecidos quando se negam direitos básicos.

⁷ REIS, Cristiane de Souza. *A dupla face do Poder Judiciário: por um Poder Judiciário emancipatório*. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2910> Acesso em: 16 jul.. 2016.

⁸ ALAGOASWEB. *Promotor de Atalaia chama trabalhadores do MST de bandidos*. 2011. Disponível em: <<https://www.alagoasweb.com/noticia/13210-promotor-de-atalaia-chama-trabalhadores-do-mst-de-bandidos>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

A Lei nº 13.260/2016, promulgada no contexto das manifestações contra o governo e de sua bárbara repressão, envolveu intenso debate, com avanços e retrocessos, mas com forte presença de ideias que tentavam ora criminalizar as manifestações populares, ora excluir esse intento do corpo normativo da lei. Ao final de alguns vetos, foi promulgada a citada lei, que, em seu art. 2º, § 1º, prevê como atos de terrorismo “usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa”. O § 2º do mesmo artigo acrescenta que

[...] o disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Diante da intensa repressão às manifestações populares, nem mesmo o § 2º em questão conseguiu afastar o temor de que a lei seja interpretada por delegados de polícia, promotores de justiça e juízes no sentido de criminalizar ações de lutas sociais e manifestações da sociedade civil organizada. Percebe-se, no dispositivo, perigosa abertura ao incluir “outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa”, dando margem a que o intérprete ignore por completo o dolo do indivíduo de causar ou não danos ou destruição.

Mesmo com os vetos da então presidente, retirando dispositivos que tratavam do dano ao patrimônio e da apologia ao terrorismo, a lei criminalizou atos preparatórios (art. 5º), em mais uma ocasião em que o legislador excepciona o previsto na parte geral do Código Penal Brasileiro, em cujo art. 31 se dispõe que o ajuste, a determinação ou a instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chegar, pelo menos, a ser tentado.

O legislador cria, pois, os “tipos penais especiais”, fugindo à regra de que são impuníveis os atos preparatórios. Foi o mesmo que ocorreu com os crimes “petrechos para falsificação de moeda” (art. 291); “simulação de autoridade para celebração de casamento” (art. 238), que seria apenas a preparação da simulação de casamento (art. 239), entre outros.⁹

A Organização das Nações Unidas, durante a tramitação do projeto que originou a Lei nº 13.260/2016, já tinha manifestado preocupação diante da presença de termos demasiadamente genéricos que poderiam culminar com a restrição indevida de liberdades fundamentais.¹⁰

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146.

¹⁰ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-relatores-da-onu-alertam-que-lei-antiterrorismo-e-muito-ampla-e-pode-restringir-direitos/>> Acesso em: 19 jul. 2016.

Essa onda criminalizante “resgatou”, inclusive, a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170), promulgada em 1983, portanto, ainda durante o período ditatorial brasileiro. Esse instrumento normativo define os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social. No momento em que as manifestações sociais intensificaram-se, o “resgate” da Lei nº 7.170/83 reacendeu um debate com preocupantes posicionamentos de aplicação do regulamento normativo, “mesmo que não haja ameaça explícita à segurança nacional”.¹¹

Vê-se que tão genérico quanto a definição do que seria “vandalismo” são as aberturas que se fazem à aplicação da lei “ditatorial” aos casos implícitos de ameaça à segurança nacional e à ordem. Ademais, a literalidade dos arts. 20, 22 e 23 da Lei nº 7.170/83 demonstra claramente o intuito da época ditatorial em restringir as transformações sociais e o debate político.

Mostra-se válida a preocupação com a promulgação da Lei Antiterrorismo, já que se percebe o uso de subterfúgios para conseguir a aprovação dessas leis retrógradas, mas, no momento de sua aplicação, não faltam estratégias para justificar uma interpretação que viabilize a repressão.

Assim como na Lei Antiterrorismo, a Lei de Segurança Nacional, por exemplo, criminalizou a conduta de “fazer, em público, propaganda de processos ilegais para alteração da ordem política ou social” (art. 22), ainda que, no § 3º desse dispositivo, se afirme que “não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas”. O que seriam “quaisquer doutrinas”? Ou mesmo o que não se enquadrasse no art. 22 não poderia amoldar-se ao art. 23, em que se prevê o crime de incitação à subversão da ordem política ou social?

Percebe-se, pois, como em um período supostamente democrático aprovou-se uma lei com características claramente ditatoriais. Mostra-se preocupante o engessamento político nacional, justamente quando a sociedade brasileira poderia desenvolver estratégias de participação popular na vida política.

Embora haja argumentos de que a Lei de Segurança Nacional não foi revogada e, portanto, continuaria aplicável, não se pode esquecer que o aludido instrumento normativo não se adéqua aos preceitos constitucionais estampados na Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual sequer foi recepcionado por esta. Ademais, não é difícil identificar quem serão os inimigos: os movimentos reivindicatórios sociais e populares. Usa-se, pois, a estratégia da criminalização da manifestação popular, aplicando-se o “Direito Penal do Inimigo” de tal forma que as garantias constitucionais e internacionais se revelam insuficientes para proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado.

Acerca do Direito Penal do Inimigo e do sistema penal cautelar latino-americano, importante observar as considerações de Zaffaroni

Vimos que, na América Latina, as medidas de contenção para os inimigos ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo, por via da chamada prisão ou detenção preventiva, provisória, ou seja, o confinamento cautelar, a que estão submetidos

¹¹ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/ademar-gomes-aplicacao-lei-seguranca-nacional-valida>> Acesso em: 19 jul. 2016.

¾ dos presos da região. De fato e de direito, esta é a prática de toda a América Latina para quase todos os prisioneiros. Este dado é fundamental para extrair conclusões acerca do alcance da proposta de legitimação de um eventual tratamento penal diferenciado na América Latina, pois esta seletividade é praticada em nossa região por efeito da criminalização. Porém, uma vez posto em marcha este processo, todos passam a ser tratados como inimigos, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos.¹²

Compreende-se, assim, como se tem construído a figura dos “movimentos sociais inimigos da ordem pública”, “estudantes baderneiros inimigos da paz social” ou “grevistas folgados inimigos do progresso nacional”, com o nítido intuito de deslegitimar suas demandas e enfraquecer suas lutas. Como a resposta para o “inimigo” na nossa sociedade tem sido o encarceramento, parte-se para a criminalização das organizações e manifestações como estratégia de repressão.

1.3 A atuação do Executivo e a violência institucional

Para este trabalho, considera-se genericamente violência institucional como aquela cometida contra os cidadãos por agentes estatais. Nesse sentido, não se pode desconsiderar que essa violação de direitos está sendo perpetrada por quem deveria garantir a segurança e o bem-estar social, ou seja, o Estado.

Destaca-se a forma como essa violência tem sido encarada pela sociedade, podendo-se cogitar uma espécie de “técnica de neutralização às avessas”. Greshman M. Sykes e David Matza,¹³ ao analisarem as técnicas de neutralização, promoveram importante correção na teoria das subculturas criminais. Para tanto, consideraram-nas como formas de racionalização do comportamento desviante aprendidas e utilizadas ao lado dos modelos de comportamento e valores alternativos, de modo a neutralizar a eficácia dos valores e das normas sociais aos quais, apesar de tudo, em realidade, o delinquente geralmente adere.

Fala-se em técnicas de neutralização às avessas, porque, da mesma forma que o delinquente possui racionalizações válidas para si que não o são para o sistema jurídico, como justificação pessoal do comportamento criminoso, os agentes estatais que cometem violência institucional também têm suas racionalizações. Isso acontece da mesma forma, com a exclusão da própria responsabilidade, com a negação da ilicitude, com a negação da vitimização, entre outras formas.

Vê-se, pois, que a seletividade das condutas a serem punidas pelo Estado vai além do momento de sua tipificação penal (criminalização de condutas), e alcança ainda a legitimação da violência institucional, na medida em que se adéqua à estigmatização dos “rebeldes” como grupos atentatórios à ordem social e política.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1940, p. 109.

¹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 77.

A temática da segurança pública e da violência institucional tem sido pesquisada e documentada por várias instituições de defesa de direitos humanos, em diversos estados da Federação. Dentre essas instituições, podemos citar a Justiça Global, que produziu diversos relatórios e publicações sobre o tema, como o *Relatório Rio – Violência policial e insegurança pública* (2004), o estudo *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro* (2008) e *Criminalização da pobreza – um relatório sobre as causas econômicas, sociais e culturais da tortura e outras formas de violência no Brasil* (2009), bem como a *Cartilha popular do Santa Marta: abordagem policial* (2010). Instituições como essa têm usado sua experiência em pesquisas de campo na área de políticas públicas de segurança, violência institucional e violações de direitos humanos no Brasil para peticionar e denunciar, perante os mecanismos internacionais de direitos humanos, casos de violações de direito, exigindo transformações estruturais no modelo de segurança pública vigente no país.

Nesse sentido, compreendendo que o atual modelo militarizado busca identificar e controlar os considerados “inimigos internos”, produzindo severas violações de direitos, a Justiça Global realiza de modo sistemático o monitoramento das políticas de Estado, analisando suas implicações na sociabilidade contemporânea.¹⁴

A Comissão Pastoral da Terra (CPT), ao publicar seu relatório anual sobre os conflitos ocorridos no campo, no Brasil, também traz dados sobre violências sofridas por trabalhadores da zona rural, entre eles, indígenas, quilombolas e povos tradicionais. O relatório da CPT intitulado *Conflitos no Campo Brasil 2015* indica que, no ano anterior, foi registrado o maior número de assassinatos em conflitos no campo dos últimos 12 anos, com destaque para casos de violência (homicídios tentados e consumados, ameaças de morte, agressões físicas) na região da Amazônia, nos estados do Pará, Maranhão, Amazonas, Rondônia e Mato Grosso.¹⁵

Recentemente, a Polícia Militar do Pará divulgou o “I Curso de Intervenções Estratégicas em Movimentos Sociais”, a realizar-se de 16 de setembro a 4 de outubro de 2016, com o objetivo geral de “dotar o agente de segurança pública de conhecimentos sobre intervenções estratégicas em Movimentos Sociais, habilitando-os a se tornarem técnicos no emprego de ações preventivas e repressivas frente à complexidade dos movimentos sociais na atualidade, de modo a buscar uma mudança na postura e na forma de analisar cada caso no teatro de operações”.

¹⁴ DIAS, Rafael Mendonça; CARVALHO, Sandra; MANSUR, Isabel. (Orgs.). Na linha de frente: criminalização dos defensores de direitos humanos no Brasil (2006-2012). 2013. Disponível em: <<http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Na-Linha-de-Frente-III.pdf>>.

¹⁵ CANUTO, Antônio; LUZ, Cássia Regina da Silva; ANDRADE, Thiago Valentim Pinto. (Orgs.). *Conflitos no Campo Brasil – Brasil 2015*. Comissão Pastoral da Terra, 2015, p. 178. Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/send/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14019-conflitos-no-campo-brasil-2015>> Acesso em: 15 jul. 2016.

Em seu sítio na internet,¹⁶ a Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Pará, informou ter encaminhado ofício ao secretário estadual de Segurança Pública, manifestando preocupação com o referido curso divulgado nas mídias sociais e supostamente realizado pela Polícia Militar do Estado do Pará (“I Curso de Intervenções Estratégicas em Movimentos Sociais”). No documento, assinado pelo presidente da OAB-PA e subscrito por dezenas de órgãos representantes dos movimentos sociais, estaduais e nacionais, foram cobradas explicações do Conselho Estadual de Segurança Pública sobre os objetivos do curso e a suspensão das inscrições.

Percebe-se, pois, claramente, como a atuação dos movimentos sociais tem sido criminalizada e como órgãos como a Polícia Militar do Estado do Pará, preocupantemente e com o possível apoio do governo do Estado, por meio de sua Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social, tem agido “preventiva ou repressivamente” em oposição às manifestações sociais.

A situação atual de violência institucional deve ser compreendida historicamente, não se podendo ignorar o processo de formação dos Estados na América Latina, amplamente caracterizado pela negação de direitos a extensas parcelas da população. Os casos relatados no campo e na cidade demonstram a necessidade de preocupação com a repressão estatal às populações marginalizadas, principalmente quando estas organizam-se na luta por seus direitos.

Ana Luiza Flauzina,¹⁷ analisando o papel das agências de criminalização secundária (mídia, Judiciário, polícia e outros) na moldura da criminalidade, observa que a agenda do sistema penal dos tempos globalizantes vai sendo executada “dos maus-tratos nas delegacias de polícia” à “limpeza” dos centros urbanos (caracterizados pela remoção de flanelinhas e camelôs), chegando às ações de grupos de extermínio – que, pelos números de sua intervenção, institucionalizaram-se por dentro das agências policiais, sendo, mesmo inconfessadamente, considerados essenciais para a garantia da ordem.

Portanto, a violência institucional, em suas diversas facetas, é legitimada pela sociedade, ao mesmo tempo em que esta, influenciada pelas ideias capitalistas apresentadas nos meios de comunicação, não tolera a luta pela terra, pela água, pela moradia, ou pelo direito de protestar.

Nesse sentido, Vera Malaguti Batista¹⁸ analisa que os meios de comunicação privados cumprem papel central na criação de consensos que permitem a criminalização dos defensores de direitos humanos e movimentos sociais. Ela afirma que a imprensa é o principal veículo de condição dessa mentalidade, a que denomina “adesão subjetiva à barbárie”. Nesse sentido, a autora considera que a criminalização dos defensores de direitos humanos e movimentos sociais é autorizada pela barbárie e fortalecida pela construção cautelosa do medo social em relação aos “outros”. Estes seriam os diferentes do modelo desejado, numa sociedade construída por interesses particulares muito fortes.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.oabpa.org.br/index.php/noticias/5944-oab-cobra-explicacoes-do-governo-sobre-curso-de-intervencoes-estrategicas-em-movimentos-sociais>> Acesso em: 31 jul. 2016.

¹⁷ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 99.

¹⁸ BATISTA, Vera Malaguti. Entrevista concedida à equipe de pesquisa do Relatório de Defensores de Direitos Humanos (prelo) da Justiça Global em 10 de dez. 2009.

Assim, Batista defende que a lógica do medo e da barbárie impulsiona estratégias de poder cada vez mais violentas, militarizadas e seletivas quando tratam determinados segmentos sociais que entendem que precisam ser afastados, escondidos ou mesmo exterminados.

1.4 A atuação dos meios de comunicação na deslegitimação das lutas populares: foco na mídia

Leopoldo Volanin,¹⁹ professor de História da rede pública do Estado do Paraná, analisa a cobertura midiática das ações dos movimentos sociais, principalmente nas últimas 30 décadas. Demonstrando que a criminalização dos movimentos sociais na mídia é histórica, o professor destaca a manchete da *Folha da Manhã* de 26 de novembro de 1935, em que se faz referência à Intentona Comunista com os dizeres “Pernambuco e Rio Grande do Norte agitados por um movimento subversivo de caráter extremista”. A seguir, cita uma manchete da revista *Veja*, de 26 de junho de 1985, que dizia “Férias ameaçadas – a supergreve nas escolas altera calendário”, apresentando negativamente a greve de professores e omitindo dados sobre a desvalorização salarial e o acúmulo de atividades.

Notícias como essas demonstram como a mídia representa toda a mentalidade e o poder ideológico do sistema capitalista e do Estado para combater qualquer ameaça ao funcionamento desse sistema e da hegemonia da classe dominante.

Importante a referência do professor ao estudo de Marx, que agrega significado ao conceito de ideologia, demonstrando como este adquire um sentido negativo, como instrumento de dominação. Nesse sentido, explica que:

Marx e Engels definem como ideológica toda tentativa de explicar qualquer relação social a partir das formas cristalizadas de consciência social, considerando que proceder desta forma implica em inverter uma determinada ação real. A ideologia sobrepõe-se às consciências individuais. Assim sendo, cada ser social interpreta a organização social e o seu papel nesta, não a partir de sua consciência pura, mas o faz mediado pelas próprias relações que contrai, e, portanto, aprisionado e moldado pelas formas de consciência social e coletiva. Marx, ao tratar a questão da conscientização individual sobre o social, destaca que não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas, pelo contrário, o seu ser social é que determina sua consciência.²⁰

¹⁹ VOLANIN, Leopoldo. *Poder e mídia: a criminalização dos movimentos sociais no Brasil nas últimas trinta décadas*. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/760-4.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

²⁰ VOLANIN, Leopoldo. *Poder e mídia: a criminalização dos movimentos sociais no Brasil nas últimas trinta décadas*. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/760-4.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

Como se percebe de todo o estudo apresentado nesse trabalho, a publicização e a propagação dessas ideias de criminalização dos movimentos sociais, dos defensores de direitos humanos e da própria pobreza são predominantemente feitas pela mídia. Observa-se, portanto, claramente um compromisso ideológico dos meios de comunicação de massa com os interesses das classes dominantes.

Nesse sentido, importante observar o estudo desenvolvido por José Cristian Góes²¹ defendendo a necessidade de aprofundar as investigações sobre o jornalismo que se apoia na prática sensacionalista. A hipótese defendida pelo jornalista é de que não seria mera opção narrativa e expressiva imanente, objetivando audiência. Tampouco seria simples estratégia mercadológica da empresa produtora do meio de informação para atrair, ampliar e manter audiência na aquisição desses produtos. O jornalista, mestre em Comunicação e Sociedade, defende que é preciso avançar para um recorte de classe social e de funcionalidade dos meios de comunicação, entendendo a mídia como aparelho ideológico para punir e controlar as camadas populares e estereotipadas. Assim, a criminalização pela mídia dos pobres, negros, operários, sem-terra e outras minorias estaria alicerçada em graves violações de direitos humanos. Os meios de comunicação, usando sua condição de mediação no processo de construção do que é real, desenvolveriam processos de racionalização e naturalização de ideias, estigmas, estereótipos e preconceitos.

É, ainda, necessário atentar para o fato de que mesmo os mais pobres e marginalizados, submetidos a essa influência midiática sem reflexão ou contextualização, são levados a defender práticas higiênicas e racistas de classe.

A construção da ideia de repressão estatal dos organismos sociais organizados, por meio da criminalização das lutas sociais e dos defensores de direitos humanos, foi tratada neste artigo por recortes de notícias veiculadas na mídia. No entanto, essas notícias esbarram no poder ideológico da “grande mídia” de transformar as demandas sociais e o esforço de resistência dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada em atividades ilícitas. Nota-se a força ideológica exercida há tempos e incessantemente no sentido de invisibilizar e deslegitimar essas lutas, apoiando a repressão a estas.

É preciso, pois, um esforço coletivo tanto para resistir à opressão quanto para combater essa ideologia hegemônica, baseada nos interesses da classe dominante e usada para controlar e punir as camadas populares e estereotipadas.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO POLÍTICO DE RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Muito da resistência popular baseia-se no cumprimento de direitos já reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional e internacional, mas desobedecidos pelo próprio Estado ao editar leis inconstitucionais ou ilegais, ao emitir decisões judiciais que violam garantias ou ao usar o aparato institucional para manter interesses das classes dominantes, sem respaldo legal/constitucional.

Assim, a situação nacional de grandes desigualdades sociais, racismo,

²¹ GOES, José Cristian. Sensacionalismo na imprensa: proposta para compreender a exclusão e o controle social de classe. In: *Anais do I Seminário Nacional Democracia e Desenvolvimento*, 2012, p. 345-358.

opressão a pobres e marginalizados e homofobia provoca o questionamento da possibilidade de o cidadão brasileiro ter direito de resistir ao Estado, a fim de que este torne eficazes direitos fundamentais. Questiona-se, nesse sentido, a possibilidade de se opor ao Estado, seja por desenvolver papel injusto e repressor, seja por mostrar-se ineficaz no seu papel de tutelar e promover a sobrevivência de seus cidadãos.

Tratando do direito de resistência, importante pontuar a afirmação de Geovani Tavares²² de que esse direito foi introduzido como princípio em constituições modernas como forma de positivá-lo, na tentativa de que as constituições não fossem mais tratadas como “letra morta em folhas de papel”, sem influência na transformação das sociedades.

Enfatiza o autor que, para o perfeito acolhimento do direito de resistência ao ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário que o fundamentemos num problema social significativo; que ele seja exercido de forma comunitária, ainda que pela minoria; e invocado como última opção, quando esgotadas as vias institucionais. Acrescenta, ainda, que o direito político de resistência deve visar à legitimação e ao exercício da cidadania concreta.

A desobediência civil é um dos instrumentos pelos quais se exerce o direito político de resistência, buscando mudanças nas leis consideradas injustas por movimentos de minorias organizadas, sem negar autoridade ao regime constitucional instituído e fundamentando-se muitas vezes em princípios constitucionais.

Luaní Melo²³ distingue a desobediência civil da desobediência criminosa, afirmando que esta não pode ser entendida como forma do direito de resistência por não ter caráter de protesto contra a injustiça de uma lei ou da própria estrutura social e por não ter finalidade política, mas apenas interesse pessoal. Acrescenta que, justamente por não ser ação política, a ação criminosa acontece de maneira clandestina, enquanto a resistência, por ser política, é sempre pública, pois pretende abrir o debate na sociedade acerca da injustiça da lei e da legitimidade das reivindicações.

A autora distingue ainda a desobediência civil da desobediência revolucionária, sendo esta última caracterizada por um movimento de ruptura caracterizado pela negação total à estrutura social e jurídica vigente, não reconhecendo qualquer legitimidade e autoridade ao poder instituído e à constituição. A desobediência civil, por sua vez, questiona a injustiça de determinadas leis, sem negar a autoridade do sistema jurídico como um todo, bem como do poder instituído.

A seguir, Melo apresenta a distinção entre desobediência civil e objeção de consciência, enfatizando que autores como Nelson Nery Costa entendem que esta é uma modalidade daquela. No entanto, este trabalho alinha-se ao pensamento da autora de que ambas são formas diferentes de exercício do direito à resistência. Nesse sentido, entende-se que a objeção de consciência não envolve qualquer pretensão de alterar a lei considerada injusta, trazendo apenas a exigência de que o Estado reconheça a autonomia da consciência do

²² TAVARES, Geovani de Oliveira. *Desobediência civil e direito político de resistência: os novos direitos*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 9.

²³ MELO, Luaní. *A afirmação constitucional da desobediência civil*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2010, p. 63-65.

objeter em relação às convicções da maioria, não o obrigando a fazer o que sua consciência rejeita. Nesse caso, a motivação pode ser política, mas em regra é de ordem moral ou religiosa e restringe-se à ação de um indivíduo,²⁴ de forma que se afasta do que se entende por desobediência civil.

Os exemplos anteriormente tratados demonstram como a luta pela efetivação de direitos fundamentais esteve muitas vezes deslegitimada por tentativas de criminalização dos movimentos sociais e pela tipificação penal de atos e manifestações de resistência a leis, decisões judiciais ou notícias injustas. Daí a necessidade de resistir, demonstrar a injustiça e lutar pela transformação social.

Percebe-se, pois, a resistência como direito em um Estado que se pretende democrático e que traz como fundamentos constitucionais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 1º, II, III, V, da CF/88). Mais que isso, se todo o poder emana do povo e se este o exerce tanto por representantes eleitos quanto diretamente (art. 1º, parágrafo único, da CF/88), não se pode querer reprimir a manifestação popular contra injustiças legais ou mesmo contra interpretações injustas de instrumentos normativos. É preciso, ao contrário, utilizar o poder popular numa construção plural e inclusiva da normatividade.

Nos termos apresentados, vê-se que a efetivação de direitos que observem as necessidades populares e a incorporação de garantias não reconhecidas que contemplem as massas sociais têm sido negligenciadas pelo Estado a partir de estratégias de repressão.

Não se pode olvidar que o direito e o sistema de Justiça são importantes na efetivação de demandas populares e na luta pela diminuição das desigualdades sociais, sendo, pois, espaços importantes de disputa. No entanto, é preciso considerar a limitação destes para compreender e resolver de forma absoluta as questões sociais.

Nesse sentido, ressalta-se a importância de que o conhecimento acadêmico volte-se para a realidade social, partindo suas pesquisas de provocações concretas e deslocando essas inquietações para a comunidade acadêmica. Da mesma forma, a atuação dos órgãos do sistema de Justiça (como a Defensoria Pública) não pode prescindir desse olhar engajado e da assistência judicial e extrajudicial à sociedade civil organizada.

3. A IMPORTÂNCIA DA MANIFESTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E DO POSICIONAMENTO DA INSTITUIÇÃO NA DEFESA DOS DIREITOS DAS CLASSES DOMINADAS

A Lei Complementar nº 80/94 apresenta a Defensoria Pública como “expressão e instrumento do regime democrático” (art. 1º, *caput*), tendo, entre outros objetivos, a função de primar pela dignidade da pessoa humana e pela redução das desigualdades sociais (art. 3º-A, I), bem como pela prevalência e efetividade dos direitos humanos (art. 3º-A, III).

Esses dispositivos não podem ser lidos sob a ótica da generalidade, mas contextualizados na necessidade de uma atuação institucional organizada em defesa de indivíduos e coletividades marginalizados e oprimidos.

²⁴ Nesse sentido, ver LUCAS, Douglas César. *Desobediência civil e novos movimentos sociais: a construção democrática do direito*. 2001. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

Não se pode esquecer que a implantação da Defensoria Pública em vários Estados, mesmo após a Constituição Federal de 1988, foi resultado de importante mobilização de sindicatos, movimentos sociais e grupos da sociedade civil. Esses coletivos acompanharam diretamente e, em alguns casos, participaram ativamente da redação dos projetos de lei que estavam sendo apresentados nas assembleias legislativas estaduais a fim de criar as Defensorias.²⁵ Nesse sentido, a própria criação de algumas Defensorias Públicas foi resultado do exercício do direito de resistência dos movimentos sociais e populares, que não se acomodaram diante da omissão do Estado em cumprir o art. 21, XIII, da Constituição Federal (que estabelece competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre assistência jurídica e Defensoria Pública), bem como de outros dispositivos constitucionais correlatos.

Ademais, no que tange às funções institucionais, pode-se destacar a de exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 4º, VIII); promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais (art. 4º, X); exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (art. 4º, XI).

Interessante pontuar que a referida lei complementar esclarece que as funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas, inclusive, contra as pessoas jurídicas de direito público (art. 4º, § 2º). Percebe-se, pois, como a Lei Complementar nº 80/94 foi clara ao colocar a Defensoria Pública na defesa dos direitos das minorias e das populações vulneráveis, demonstrando que é sua função institucional lutar pelos direitos e interesses das classes dominadas.

Entende-se, portanto, que a Defensoria Pública deve somar-se aos movimentos sociais e populares não apenas na sua luta por direitos, mas também na luta contra a repressão e a criminalização de suas demandas.

Assim, considerando os fortes interesses na manutenção do *status quo*, mostra-se imperativa forte mobilização e atuação no intuito de realizar as transformações estruturais necessárias à garantia da dignidade humana, à redução das desigualdades sociais e à efetividade dos direitos humanos.

É preciso resistir a esse processo de deslegitimação das causas populares e de repressão das organizações sociais (muitas vezes com sua criminalização), e a Defensoria Pública precisa atuar institucionalmente como elemento de resistência à opressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Confrontar a ordem é um grande desafio. Não apenas pelo risco de “penalização” (social, jurídica e/ou política), mas principalmente porque os principais sujeitos dos atos coletivos de resistência política – o povo oprimido – não constroem a visão hegemônica do que se considera legal ou ilegal para

²⁵ Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

a sociedade e para o Estado.²⁶ Daí a necessidade de atuação em duas frentes: resistência às situações de opressão e combate à ideologia hegemônica da classe dominante que criminaliza as lutas sociais.

Para tanto, mostra-se não só necessária, mas urgente, a mobilização social com apoio de órgãos institucionais para resistir e construir realidades menos desiguais e mais dignas para a população oprimida. Pelas razões acima trabalhadas, identifica-se a Defensoria Pública como uma das instituições que devem acompanhar as demandas populares, mantendo-se, inclusive, vigilante para o caso de ter de denunciar a organismos nacionais e internacionais ações que reforcem o processo de criminalização ou ajam com violência contra os movimentos sociais, em violação a convenções e tratados internacionais.

REFERÊNCIAS

ALAGOASWEB. *Promotor de Atalaia chama trabalhadores do MST de bandidos*. 2011. Disponível em: <<https://www.alagoasweb.com/noticia/13210-promotor-de-atalaia-chama-trabalhadores-do-mst-de-bandidos>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. Entrevista concedida à equipe de pesquisa do Relatório de Defensores de Direitos Humanos (prelo) da Justiça Global em 10 de dez. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANUTO, Antônio; LUZ, Cássia Regina da Silva; ANDRADE, Thiago Valentim Pinto. (Coord). *Conflitos no campo Brasil 2015*. Goiânia: Comissão Pastoral da Terra, 2015. Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/send/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14019-conflitos-no-campo-brasil-2015>> Acesso em: 15 jul. 2016.

CARTA MAIOR. *Justiça criminaliza MST em Pernambuco – Promotoria está dividida*. 2006. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Movimentos-Sociais/Justica-criminaliza-MST-em-Pernambuco-promotoria-esta-dividida/2/8971>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

CASTILHO, Natália Martinuzzi. *O direito de resistir ao direito: a experiência do Movimento dos Conselhos Populares (MCP) na ocupação Raízes da Praia e os limites e possibilidades da afirmação constitucional do direito de resistência*. 2011. 125 f. Monografia defendida na conclusão do curso de graduação em Direito – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

²⁶ CASTILHO, Natália Martinuzzi. *O direito de resistir ao direito: a experiência do Movimento dos Conselhos Populares (MCP) na ocupação Raízes da Praia e os limites e possibilidades da afirmação constitucional do direito de resistência*. 2011. 125 f. Monografia defendida na conclusão do curso de graduação em Direito – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

CONJUR. *MPD repudia ação da promotoria para criminalizar MST*. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-06/mpd_repudia_acao_promotoria_criminalizar_mst> Acesso em: 16 jul. 2016.

DIAS, Rafael Mendonça; CARVALHO, Sandra; MANSUR, Isabel. (Orgs.). *Na linha de frente: criminalização dos defensores de direitos humanos no Brasil (2006-2012)*. Rio de Janeiro: 2013.

ESCRIVÃO FILHO, A.; FRIGO, D. *A luta por direitos e a criminalização dos movimentos sociais: a qual Estado de direito serve o sistema de Justiça?* 2010. Disponível em: <<http://terradereitos.org.br/2010/05/10/a-luta-por-direitos-e-a-criminalizacao-dos-movimentos-sociais-a-qual-estado-de-direito-serve-o-sistema-de-justica/>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FON FILHO, Aton. Criminalização dos movimentos sociais: democracia e repressão dos direitos humanos. In BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia. (Org.). *Criminalização dos protestos e movimentos sociais*. São Paulo, 2008.

FORTAS, Abraham. *Do direito de discordar e da desobediência civil: temos uma alternativa para a violência*. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1968.

GOES, José Cristian. Sensacionalismo na imprensa: proposta para compreender a exclusão e o controle social de classe. In *Anais do I Seminário Nacional Democracia e Desenvolvimento, 2012*, p. 345-358.

LUCAS, Douglas César. *Desobediência civil e novos movimentos sociais: a construção democrática do direito*. 2001. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Frederich. *A ideologia alemã* (Feuerbach). São Paulo: Hucitec, 1984.

MELO, Luaní. *A afirmação constitucional da desobediência civil*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2010.

REIS, Cristiane de Souza. *A dupla face do Poder Judiciário: por um Poder Judiciário emancipatório*. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2910> Acesso em: 16 jul. 2016.

TAVARES, Geovani de Oliveira. *Desobediência civil e direito político de resistência: os novos direitos*. Campinas: Edicamp, 2003.

VOLANIN, Leopoldo. *Poder e mídia: a criminalização dos movimentos sociais no Brasil nas últimas trinta décadas*. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/760-4.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1940.

ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DEFENSORIAL

DEFENSORIAL STRATEGIC ACTING

Daniella Vitagliano

Defensora Pública. Mestre em Direito Penal e Criminologia pela UCAM/RJ. Professora de Direito Penal na FESUDEPERJ. Coordenadora Geral de Programas Institucionais da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. dannyvit@terra.com.br

Resumo: Diante dos desafios que se apresentam no contexto atual de crise econômica e política em todo o país, a Defensoria Pública deve desenvolver estratégias que amplifiquem sua capacidade de otimizar ações e resultados, através das ferramentas à sua disposição para reafirmar-se como instituição garantidora do acesso à justiça dos hipossuficientes e vulneráveis.

Palavras-chave: Atuação. Estratégia. Litigância. *Advocacy*. Ferramentas. Resultados.

Abstract: Faced by the challenges that take place in the context of the political and economical crisis in Brazil, Defensoria Pública must develop strategies that can increase its capacity to optimize actions and results through the tools at its disposal to reaffirm itself as an institution responsible for providing the access to justice to the miserable and vulnerable people.

Keywords: Acting. Strategy. Litigation. *Advocacy*. Tools. Results.

Todo artista tem de ir aonde o povo está.

MILTON NASCIMENTO

INTRODUÇÃO

Em um país de dimensões continentais como o Brasil, em que a pobreza, especialmente diante da grave crise econômica que o assola, aumenta a cada dia, a Defensoria Pública encontra grandes desafios na condição de instituição constitucionalmente alçada ao posto de garantidora do acesso à justiça das camadas mais vulneráveis da população.

Não obstante o comando instituído na Lei Maior no sentido de que é a Defensoria a instituição indispensável à promoção dos direitos humanos e à defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, ainda verificamos, 29 anos após a promulgação da chamada "Carta Cidadã", a existência de barreiras que impedem o pleno acesso à justiça de seus potenciais assistidos.

Se hoje a Defensoria Pública está presente em todos os estados da Federação, é certo que ainda há muito a ser feito para alcançar a plena efetividade do comando constitucional. Segundo o Mapa da Defensoria Pública no

Brasil,¹ pesquisa realizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em 2013, apenas 28% das comarcas do país eram atendidas pela instituição, havendo grande discrepância entre as estruturas existentes em cada estado. Em dados colhidos mais recentemente,² no ano de 2015 havia 5.512 defensores públicos em todo o país e 40% das comarcas contavam com a presença de ao menos um defensor público. Levando-se em consideração o público-alvo da Defensoria, havia, proporcionalmente, um defensor público para cada 158.954 habitantes em Goiás, um para cada 23.519 habitantes na Bahia, um para cada 37.504 habitantes no Rio Grande do Norte, um para cada 24.940 habitantes em São Paulo e um para cada 8.987 habitantes no Rio de Janeiro. Diante desse quadro, é possível afirmar que o acesso à justiça é negado pelo Estado em diversas localidades, notadamente as mais carentes, concentradas no Norte e no Nordeste do país, onde não chegam Defensoria Pública, informação, garantia de direitos e cidadania. As pesquisas indicam que há um número maior de promotores e juízes do que de defensores, inviabilizando a democratização do acesso à justiça.

Estando o país assolado por grave crise econômica e política, cada vez mais pessoas recorrem à Defensoria Pública para a solução de seus problemas nos mais variados campos de atuação, o que exige a expansão dos quadros não só de defensores, mas também de funcionários, além da melhoria da estrutura física para o atendimento: novas sedes, mais mobiliário, computadores e todo o necessário para abrigar a crescente demanda. Não obstante o seu inegável crescimento, a instituição – não apenas o material humano, mas todo o aparato necessário ao seu pleno funcionamento – não se expande na mesma proporção, o que rotineiramente é retratado pelos meios de comunicação através de filas, demora em atendimentos, assistidos insatisfeitos e outras dificuldades associadas. A despeito de tais limitações, é a Defensoria a instituição responsável pela garantia de direitos dos que dela necessitam, cumprindo, ainda que com grandes dificuldades, a sua missão constitucional. Sendo assim, é de se indagar: embora o fortalecimento da instituição seja imprescindível e não haja possibilidade, a médio prazo, de implementar todas as melhorias necessárias a fim de cumprir o comando instituído na Carta Magna, como instituir iniciativas que visem ao fortalecimento da garantia de acesso à justiça à população hipossuficiente e vulnerável neste país de dimensões continentais? É o que se propõe a discutir, ainda que não com a profundidade que o tema exige, o presente escrito, sob a ótica da atuação estratégica, ainda desconhecida em sua essência por significativa parcela dos operadores do direito.

Diante do aumento vertiginoso da demanda e da impossibilidade de incremento do aparato defensorial na mesma proporção, há que se procurar soluções que permitam atender com qualidade os anseios da população vulnerável que procura a instituição (e também a que não procura, mas igualmente dela necessita, já que é missão institucional garantir o acesso à justiça dos menos favorecidos, o que inclui assumir uma postura proativa, não apenas aguardando que o defensor seja procurado em seu gabinete para a solução

¹ Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

² Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

de um conflito, mas também indo ao encontro desses grupos para instruí-los sobre seus direitos e a forma de reivindicá-los). Teoricamente, incremento da qualidade remete à ideia de aumento de custos, pois perpassa a noção de que é necessário ter mais defensores, mais servidores, mais tecnologia, mais órgãos de atuação. No entanto, a partir do exaurimento das possibilidades existentes com o material – humano e estrutural – já à disposição, verifica-se que é perfeitamente viável otimizar ações e resultados sem incremento de gastos. É a partir do conceito e da aplicação da atuação estratégica na organização funcional da Defensoria Pública que poderemos alcançá-los, como veremos a seguir.

1. CONCEITO E ESPÉCIES DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA – ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Em verdade, a atuação estratégica não é algo novo. Trata-se da conjugação de certas técnicas que, em sua maioria, são do conhecimento dos que militam na lide forense, sem que, no entanto, sejam as mesmas utilizadas de forma plena e/ou concomitante.

Temos como antecedentes históricos da atuação estratégica os casos *Brown x Board of Education of Topeka*, de 1954 e, antes dele, *Plessy x Ferguson*, 1894. Este caso é emblemático porque se levou à Corte um caso-teste para combater a discriminação racial, em especial a lei então vigente da *Separate Car Act*.

Homer Plessy, um homem livre de ascendência africana, foi convidado pelo Comitê de Cidadãos de Nova Orleans (Comité des Citoyens) a participar desse teste, que pode ser tomado como um bom exemplo de atuação estratégica: ele, que era tecnicamente considerado afro-americano pela lei da Louisiana, deveria ingressar em um dos vagões reservados às pessoas brancas. Então, ele comprou um *ticket* de primeira classe e ingressou no *whites-only car* de East Louisiana com destino a Covington. Um detetive particular foi enviado pelo Comitê, e a companhia ferroviária cooperou com a ação (não por motivos nobres, mas sim porque não concordava em ter custos mais altos por ter que adquirir vagões a mais para viabilizar a separação entre negros e brancos). Plessy, já no vagão destinado aos brancos, foi comunicado de que deveria se retirar, mas resistiu e foi preso pelo detetive. O trem foi parado para que Plessy fosse retirado, e então a questão foi levada à Corte. Os advogados argumentaram no sentido de que a *Separate Car Act* violava as 13ª e 14ª Emendas, mas não foram vitoriosos, tendo sido Plessy condenado e multado.

Para a Corte, a referida emenda preocupava-se tão somente quanto ao aspecto social, e não quanto ao racial, e que a lei, por si só, não seria suficiente para eliminar o preconceito.³ No entanto, o embrião da atuação estratégica que viria a ser explorado depois em *Brown x Ferguson* – e foi diametralmente oposto ao resultado do caso *Dred Scott x Stanford* (1857) – foi o voto dissidente do juiz John Marshall Harlan (o julgamento teve o placar de 7 x 1): em seu entendimento, a legislação segregacionista, como a de Louisiana, baseava-se na crença de que indivíduos negros eram tão inferiores e degradados que não poderia ser

³ Trecho da sentença: "if one race be inferior to the other socially, the Constitution cannot put them upon the same plane."

permitido a eles estar nos mesmos lugares que os cidadãos brancos. Essas leis promoviam a crença de que os cidadãos afro-americanos eram inferiores aos brancos, e o juiz concluiu no sentido de que a Constituição deveria ser, em suas palavras, *color-blind*, ou seja, cega à cor do indivíduo, e não poderia permitir uma classe dominante de cidadãos. Em razão de a segregação ter o efeito de criar essas classes, o juiz Harlan a declarava inconstitucional.⁴

Já em *Brown x Board of Education of Topeka*, de 1954, decidiu-se pela inconstitucionalidade das divisões raciais entre estudantes brancos e negros nas escolas públicas dos Estados Unidos, revertendo a decisão tomada no caso *Plessy x Ferguson*, o que pôs fim à segregação racial nas instituições de ensino público americanas (em verdade, houve resistência, especialmente pelo fato de não ter sido determinado um prazo pela Suprema Corte para a dessegregação, tendo sido necessária uma segunda decisão a respeito – a *Brown II*). Uma organização que lutava contra a discriminação racial – a *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)* – vinha, por 20 anos, tentando alterar a legislação para criar mecanismos de proteção aos afro-americanos, ajuizando várias ações para questionar a política de segregação racial em locais públicos e no setor de ensino, sendo importante mencionar a decisão de 1938 da Suprema Corte que declarou inconstitucional a restrição do acesso de negros à Faculdade de Direito da Universidade do Missouri. O setor jurídico da associação era chefiado por Charles Hamilton Houston, que desenvolveu com seus pares uma estratégia para atacar as chamadas *Jim Crow Laws*⁵ naquilo que tinham de mais fraco: a educação. O caso conhecido como *Brown x Board of Education*, de 1954, era, na verdade, composto por cinco casos⁶ separados perante a Suprema Corte que tinham por objeto a segregação racial nas escolas públicas americanas, em que a Justiça local havia decidido favoravelmente ao argumento destas. Linda Brown, uma menina negra, teve sua matrícula negada em uma escola pública de brancos com base no caso acima mencionado, e seu pai, por meio da referida associação, questionou judicialmente a negativa. Ao final, em julgamento unânime, a decisão acolheu os argumentos expendidos pela NAACP, declarando inconstitucional a segregação e revertendo o julgado de *Plessy x Ferguson*, sendo considerado por muitos um dos mais importantes julgamentos do século XX por ser um marco para o início do fim da segregação racial nos Estados Unidos.

No Brasil, temos como antecedente histórico da atuação estratégica as ações empreendidas por Luís Gonzaga Pinto da Gama, que entre as suas muitas qualificações estava a de advogado,⁷ além de jornalista e poeta, sendo conside-

⁴ Disponível em: <http://landmarkcases.org/en/Page/436/Summary_of_the_Decision>. Acesso em: 29 ago. 2017.

⁵ *Jim Crow* era um personagem cujo intérprete, branco, pintava o rosto com tinta preta para satirizar os negros.

⁶ *Brown x Board of Education of Topeka*, *Briggs x Elliot*, *Davis x Board of Education of Prince Edward County (VA)*, *Boiling x Sharpe* e *Gebhart x Ethel*.

⁷ Em verdade, rábula. Luis Gama frequentava, como ouvinte, a despeito da hostilidade de professores e alunos, o Curso de Direito do Largo de São Francisco. Mesmo não concluindo o curso, adquiriu conhecimentos suficientes para atuar na defesa de centenas de escravos negros – algumas estimativas falam em mil escravos. Ganhou notoriedade ao defender que o escravo que matasse o seu senhor assim o fazia em legítima defesa. O título de advogado apenas lhe foi concedido pela Ordem dos Advogados do Brasil 133 anos após sua morte, em 3 de novembro de 2015.

rado um dos mais atuantes abolicionistas brasileiros. Aos dez anos, foi vendido como escravo pelo pai para pagar uma dívida de jogo, mas conseguiu fugir com 17 anos da fazenda onde estava, em Lorena/SP, alistando-se em seguida no Exército. Após ter sido expulso da corporação por responder ao insulto de um oficial, passou a se dedicar aos movimentos sociais. Atuava, como advogado, em defesa dos negros acusados de crimes e conseguiu a libertação de mais de 500 escravos (vale mencionar que Luís Gama também atendia os pobres que o procuravam, independentemente de raça; tinha em sua casa uma caixa com moedas que dava aos negros em dificuldades que vinham à sua procura, sendo conhecido como “amigo de todos”). Em nome da causa abolicionista, quando não conseguia libertar um escravo, comprava sua alforria com dinheiro arrecadado através de esmolas e a ajuda de simpatizantes. Utilizava a imprensa – escrevia para diversos periódicos paulistas – em prol da causa abolicionista e republicana de maneira estratégica.

Os três momentos históricos citados retratam como é possível, mesmo diante da escassez de recursos, conjugar diversas táticas para a consecução dos objetivos idealizados, otimizando tempo, escolhendo causas com efeito multiplicador e canalizando esforços para obter resultados que podem eliminar diversas demandas individuais, ainda que tais resultados não se apresentem de forma imediata. Como, então, trazer a ideia contida na explanação acima referida para a prática defensorial?

Há de se ter em mente, em primeiro lugar, que a terminologia utilizada – atuação estratégica – não é sinônimo de litigância, frequentemente empregada de forma equivocada. Atuar estrategicamente tem um escopo mais amplo do que litigar. Esta, em verdade, é uma espécie daquela, mais abrangente, incluindo ações que não se limitam ao âmbito processual (esta, sim, correspondente à litigância). Todas as ações que visem à colocação dos indivíduos no cenário do pleno exercício de seus direitos mediante táticas coordenadas com tal finalidade podem ser entendidas como estratégicas, e essa atuação compreende diversas modalidades.

Como em um jogo – ou em uma guerra, ou em qualquer posição a partir da qual se almeje a vitória sobre um adversário –, é preciso escolher com inteligência as estratégias certas, sob pena de não se alcançar o resultado pretendido. Por definição, estratégia significa a “arte de aplicar com eficácia os recursos de que se dispõe ou de explorar as condições favoráveis de que porventura se desfrute, visando ao alcance de determinados objetivos”.⁸ As partes desse jogo podem ser identificadas, *a priori*, como o indivíduo privado de determinado direito e aquele que o nega ou não o proporciona, e contra quem terão que ser adotadas medidas a fim de garanti-lo. Sendo esse indivíduo patrocinado pela Defensoria Pública, a partir do preceito constitucional que lhe dá a função precípua de guardadora do acesso à justiça dos miseráveis e vulneráveis, deverá a instituição dispor de todos os meios ao seu alcance para atingir seu intento, sendo essencial, portanto, o conhecimento dos instrumentos e ferramentas da atuação estratégica.

⁸ Disponível em: <https://www.google.com/search?source=hp&q=dicion%C3%A1rio+portugu%C3%AAs&oq=dicion%C3%A1rio+p&gs_l=psy-ab.1.0.014.3638.5603.0.8020.13.12.0.0.0.173.1036.6j4.10.0.foo%2Cersl%3D1%2Cfe-tt%3D1%2Cewh%3D0%2Cnso-enksa%3D0%2Cnso-enfk%3D0.3..0...1.1.64.psy-ab..3.10.1035.0..35i39k1.A67KsOSku2g#dobs=estrat%C3%A9gia>. Acesso em: 9 set. 2017.

Levando-se em consideração, a partir do acima enunciado, que o objetivo final de qualquer atuação defensorial é a garantia e a efetivação de direitos, independentemente de sua natureza, há de se avaliar, em primeiro lugar, qual é o melhor caminho – ou seja, a melhor estratégia – para alcançá-lo. Nem sempre a melhor solução para o problema vislumbrado será a batalha judicial, especialmente diante de um Poder Judiciário abarrotado e, em situações várias, ideologicamente comprometido (juízes vistos como heróis quando deveriam ser, unicamente, agentes de promoção da justiça em seu sentido mais puro – e não o midiático). A escolha da via judicial propriamente dita constituirá a chamada litigância, que consiste basicamente em levar determinada situação às cortes para buscar a solução por meio de um comando emitido pelo Poder Judiciário.

Mas a litigância somente poderá ser classificada como estratégica a partir do momento em que determinadas características sejam a ela agregadas. Se, como acima definido, estratégia é a escolha do melhor caminho a ser seguido com os meios à disposição para tanto, a litigância precisa ser *inteligente*. Isso abrange o *timing* de determinada(s) ação(ões), a escolha consciente sobre o *que*, *quando* e *onde* litigar e, ainda, a avaliação de objetivos mais amplos e as mudanças possíveis mediante sua consecução.

Em obediência às regras de um sistema efetivamente democrático, se algum direito é violado, o Estado deverá ser acionado para intermediar/resolver a restituição da situação ao *status quo ante* ou promover a compensação pelo dano causado, já que a ninguém é dado exercitar arbitrariamente suas razões, sob pena de cometimento de crime (art. 345 do Código Penal), a não ser nas exceções legalmente previstas. Ajuizar uma demanda traz uma série de implicações que precisam ser avaliadas criteriosamente, como, por exemplo, o risco do estabelecimento de um precedente negativo, havendo também a possibilidade de que uma determinada questão ajuizada, ainda que não vitoriosa, suscite o debate sobre sua importância,⁹ viabilizando, inclusive, reformas legislativas.

Depreende-se, assim, que nem toda demanda configurará, necessariamente, litigância estratégica, apesar do objetivo predeterminado que anima toda e qualquer ação judicial e de sua eventual repetição. Se um de seus objetivos for a mudança de determinado padrão social, ou da legislação, ou de posicionamentos judiciais, ou promover o debate sobre determinada questão – isto é, qualquer outro objetivo não apenas mais amplo, mas de consecução demorada –, pode-se afirmar que uma de suas imprescindíveis características será o *impacto* que provocará. As mudanças desejadas por meio das estratégias eleitas podem, na verdade, demorar anos para acontecer. A verdadeira litigância estratégica é empreendida por atores de transformação social, sendo os

⁹ Muitos são os exemplos de demandas ajuizadas que, muito embora não tenham sido vitoriosas, acenderam luzes sobre o debate na sociedade, provocando mudanças paulatinas. A cirurgia de mudança de sexo era proibida até alguns anos atrás e sujeitava o médico que a realizasse até mesmo a ser preso; a pessoa que a ela se submetesse era relegada à marginalidade, em seu sentido estrito, pois sua condição não era aceita. Muito embora ainda estejamos em uma sociedade preconceituosa e excludente, o debate vem avançando e já há um projeto de lei para a identidade de gênero, de autoria dos deputados federais Jean Willys e Erika Kokay (PL 5002/2013), denominado Lei João W. Nery, em homenagem à primeira mulher a realizar a cirurgia de mudança de sexo em 1977 e que até hoje permanece sem registro conforme sua orientação sexual. Questões como a legalização do aborto e da posse de substância entorpecente para uso próprio também tiveram as luzes voltadas para si a partir da judicialização de demandas que não foram vitoriosas.

defensores públicos os personagens, por definição constitucional, que melhor se adéquam a tal roupagem em razão de sua proximidade com os destinatários das mudanças e pela enorme gama de questões diuturnamente submetidas à instituição pelos seus reais e potenciais assistidos.

Tomemos como exemplo a importantíssima discussão sobre identidade de gênero. Para que a litigância seja verdadeiramente estratégica, não basta que o defensor receba em seu órgão de atuação um indivíduo que não consegue registrar-se de acordo com a visão que tem de si mesmo, enfrentando toda sorte de dificuldades e constrangimentos para ser reconhecido como sujeito de direitos – inclusive ao fundamental, que é o direito ao nome, ao seu registro como cidadão – e ajuíze uma demanda. Por mais que os argumentos expendidos sejam brilhantes e consistentes, litigar estrategicamente nesse caso é enxergar que a situação em comento transcende a individualidade, sendo imprescindível a articulação com demais setores, não apenas dentro da própria Defensoria (eventuais núcleos especializados no tema), mas também e principalmente da sociedade civil e dos políticos, que detêm o poder transformador legiferante. Nesse contexto, é necessário avaliar quais são os pontos fortes, os pontos fracos, as oportunidades e as ameaças que surgirão durante o percurso, para que as estratégias sejam empreendidas dentro de um panorama realista.

Sob a perspectiva da litigância de impacto, deve-se indagar o seguinte: a) o que queremos mudar; b) quem detém o poder para mudar (o que determinará que tipo de atuação estratégica deverá ser empreendido); c) qual é o objetivo a longo prazo, e também se há intermediários. Se desejamos mudar a lei por meio de uma demanda judicial, é bastante provável que muitos sonhos individuais sejam estraçalhados pelo caminho até que se consiga o objetivo maior, como ocorreu em diversos países onde a identidade de gênero é hoje tratada corretamente. É de se notar que desde a primeira cirurgia nesse sentido feita no Brasil, em 1977, quando ainda era marginalizada e mesmo considerada criminosa, até hoje, mudanças já foram realizadas. Estamos falando em 40 anos de luta, sem que ainda tenhamos conseguido o resultado almejado, que é a regulamentação legal para garantir o direito das pessoas ao registro de acordo com sua identidade sexual. Se quem detém o poder para mudar é o Legislativo, as ações deverão ser voltadas à sensibilização de seus atores, o que pressupõe, no curso do processo judicial, o emprego de ações voltadas a pressionar a desejada mudança. E é nesse ponto que entra uma das estratégias que devem ser utilizadas no processo de transformação social: a chamada *advocacy*.

Advocacy pode ser conceituada, em apertada síntese, como um “*lobby do bem*”. É o processo de convencimento daqueles que detêm o poder de mudar determinada situação a encaminhá-la da forma desejada, o que requer o desenvolvimento de planos de ação. Há de se definir, ao perseguir determinado objetivo, o que é vitória ou fracasso e o que é ou não negociável, realizando-se um criterioso mapeamento do cenário em que se desenvolverão as atividades tendentes à mudança almejada. É necessário realizar a leitura do contexto político para a análise das oportunidades; torna-se indispensável avaliar as ações empreendidas com a compreensão das razões pelas quais alguma(s) possa(m) eventualmente ter sido(m) malsucedidas, a fim de evitar repeti-la(s). E para simplificar o processo em questão, o primeiro passo é identificar não apenas a guer-

ra, mas também as batalhas a serem vencidas, com os seguintes critérios em mente: a especificidade (o que exatamente se deseja alcançar), a viabilidade (se está dentro de nossa esfera de atuação), o senso de realidade (se é realmente possível alcançar o objetivo delineado) e o *timing* (em que momento será mais propício o desenvolvimento das ações).

Diversas são as ferramentas disponíveis quando se trata de *advocacy*. Por consistir em processo de convencimento das pessoas que podem levar a efeito as mudanças que pretendemos ver implementadas, podem ser utilizadas formas múltiplas com tal objetivo, como relatórios, estatísticas, eventos que reúnam as pessoas afetadas com as que têm o poder de decisão, apresentações, palestras, audiências públicas, entre outros. E nesse contexto, a forma como é transmitida a mensagem é de suma importância, uma vez que a história a ser contada precisa ser clara, convincente, concisa e contextual. Quanto à clareza, é preciso saber, com exatidão, com quem estamos nos comunicando, evitando ambiguidades, transmitindo exatamente o cerne da questão e o porquê de sua relevância, servindo de intérprete entre aquele que deseja ver seu direito reconhecido e aquele que detém o poder para tanto. Quanto ao convencimento, há de se trazerem dados que tornem factível o pleito apresentado: estatísticas, evidências empíricas, personagens de renome, como estudiosos da matéria em questão, entre outros. Se a questão é convincente, fará com que as pessoas que dela tomem conhecimento passem a se importar; geram empatia, devendo-se tomar cuidado com o risco que a utilização das emoções pode acarretar. E para atingir o objetivo pretendido, a mensagem precisa ser transmitida de forma breve: é preciso conter o impulso de incluir informações em excesso, sob pena de prejudicar a adequada recepção da ideia central do caso. Por fim, a contextualidade é outro elemento essencial da comunicação, pois enquadra a situação-problema sob a ótica do panorama político, das instituições do sistema de Justiça e da opinião pública (que pode tornar-se grande aliada ou poderosa inimiga, não devendo jamais ser desconsiderada).

Advocacy, assim, envolve relações interpessoais e interinstitucionais: é preciso desenvolver as que são essenciais para a solução do problema que se apresenta, sempre tendo em mente os limites desses relacionamentos. Uma aliada extremamente poderosa no processo de convencimento em que a *advocacy* se insere é a mídia. Considerada por muitos o “quarto poder”, especialmente diante da velocidade com que os fatos são propagados pelos diversos veículos disponíveis (jornais, televisão, internet, rádio), uma notícia imprecisa ou mal veiculada poderá acarretar prejuízos incalculáveis, incluindo o retrocesso no tratamento da questão. Não é por outra razão que a Defensoria Pública necessita de uma assessoria de comunicação eficiente, que saiba ser veículo não apenas tradutor da linguagem jurídica necessariamente presente nas questões que conduz, mas também para projetar e reafirmar sua imagem como instituição garantidora de direitos junto à população.

Da mesma forma que se torna imprescindível a comunicação adequada entre a instituição e a sociedade civil, é igualmente importante que a Defensoria tenha a característica da multidisciplinariedade: buscar interfaces com a estatística, a psicologia, o serviço social, a medicina, a engenharia e outras áreas do conhecimento que auxiliarão no processo de convencimento com dados,

pesquisas e experiências. E é absolutamente indispensável, na esteira da gama de relacionamentos a serem desenvolvidos a partir do conceito de atuação estratégica, que o defensor público tenha engajamento comunitário.

Não pode o defensor manter, nos dias de hoje, em especial após a promulgação da Lei Complementar nº 132/2009, uma postura passiva quanto ao desenvolvimento da atividade defensorial. Se era comum que se aguardasse a vinda do indivíduo que necessitasse dos préstimos da Defensoria simplesmente pela espera, em horário predeterminado, do atendimento em gabinete, tal modo de agir é inadmissível diante das atribuições institucionais delineadas no diploma legal acima referido. Hoje, é necessário que o defensor não apenas atenda todo aquele que se encaixe no perfil de assistido e procure orientação para a solução de suas demandas, mas também que busque aqueles que sejam assistidos em potencial, já que entre as atribuições defensoriais está a de educar em direitos humanos, nos termos do art. 4º da aludida lei. E é com essa ferramenta que se apresenta outro campo de atuação estratégica, que é o engajamento comunitário.

Engajamento diz respeito a como trabalhar questões que tenham, substancialmente, essência coletiva, por meio do estabelecimento de um canal eficiente de comunicação entre a instituição e os grupos que se encontrem em situação de vulnerabilidade. Essa situação pode ser avaliada sob duas vertentes: a primeira diz respeito à busca de grupos vulneráveis para dar-lhes conhecimento sobre seus direitos e a forma de reivindicá-los (educação em direitos em seu sentido puro), enquanto a segunda traz a possibilidade do estabelecimento de um canal de comunicação estreito entre a instituição e o(s) grupo(s) em situação de vulnerabilidade que procurem a Defensoria para a solução de problemas diversos.

A educação em direitos é ferramenta poderosíssima de atuação estratégica, diante de seu efeito multiplicador. Buscar grupos vulneráveis para dar-lhes conhecimento sobre os direitos que possuem – e jamais foram reivindicados por completa ignorância quanto à sua existência – permite a conscientização dos indivíduos sobre sua posição como detentores desses direitos e traz a possibilidade de que sejam agentes disseminadores de informação, permitindo que mais e mais pessoas tenham acesso ao conhecimento e à reivindicação, o que terminará em algum momento por reduzir em certa escala o trabalho da Defensoria, otimizando-o. Se um indivíduo, pela via da educação em direitos, passa a ter ciência de que o registro de sua filha é gratuito e de como proceder, transmitindo essa informação a outras pessoas que dela não tinham conhecimento, o número de pessoas que poderia procurar a Defensoria para esse tipo de orientação diminuirá, unicamente em razão da disseminação de informação. O estreitamento de laços, por sua vez, possibilita não apenas a educação em direitos, ainda que não seja seu objetivo principal, mas estabelece uma relação de confiança entre defensor e assistidos que reafirma o papel da Defensoria dentro do sistema de Justiça.

Uma vez consciente de todo o manancial de instrumentos e ferramentas que possibilitarão a atuação estratégica, as oportunidades de êxito na solução das demandas apresentadas pelo indivíduo que procura a Defensoria com uma questão posta e também das que são buscadas pelo defensor em seu

necessário papel proativo – isto é, buscando o assistido onde ele efetivamente está, muitas vezes em áreas marginais onde nada além da miséria chega – multiplicam-se sobremaneira.

CONCLUSÃO

A atuação estratégica, diante das inúmeras possibilidades que proporciona à atuação defensorial, é imprescindível para o dia a dia da Defensoria Pública, sendo urgente que todas, em nível estadual ou federal, preparem-se para utilizá-la com o esgotamento dos recursos a ela inerentes.

Aproveitando o ensinamento de Sun Tsu na famosa obra *A arte da guerra*,¹⁰ é preciso, antes que seja dado o primeiro passo, avaliar os possíveis problemas a fim de preveni-los. Antecipação de possíveis empecilhos é parte do planejamento estratégico, e na obra acima referida, datada do século IV a.C., o general chinês dispôs sobre planejamento em seu primeiro capítulo, discorrendo também sobre estratégia ofensiva, fraquezas e forças, manobras e variáveis, adequando-se perfeitamente ao que se entende por atuação estratégica. Se organizações não governamentais e outras instituições que têm limitações em razão de sua própria natureza (como o número de pessoas que nelas trabalham ou orçamentos geralmente mais enxutos) praticam a atuação estratégica com a necessidade de avaliar, entre outras situações, se são os mais capacitados a levarem a questão adiante (por exemplo, se a questão for ligada a refugiados, poderá uma ONG ligada aos direitos das mulheres defendê-la em sua plenitude?) ou aguardam, muitas vezes, a oportunidade de desenvolver um caso de impacto, a Defensoria Pública não apenas não enfrenta tal limitação, diante de sua atuação em todos as áreas jurídicas, como tem à sua disposição uma infinidade de temas a serem desenvolvidos, o que amplia sobremaneira a possibilidade de efetivamente gerar transformação social.

Com a estrutura das Defensorias Públicas estaduais e federal, torna-se imprescindível a efetiva comunicação entre seus membros, dado que, atualmente, a integração apresenta-se como grande empecilho para uma atuação estratégica eficiente. Atuar estrategicamente pressupõe agir em grupo, coletivamente, com o engajamento dos defensores em um primeiro patamar, o que necessariamente passa pela organização interna. Se o objetivo for utilizar a litigância para a solução de determinada demanda, presume-se que devam ser esgotadas as vias judiciais em se tratando de caso que suscite resistência. Se determinada Defensoria é escalonada no sentido de que um defensor inicia a demanda, outro a leva adiante ao órgão jurisdicional de primeira instância, outro dá continuidade em segundo grau e outro levará eventualmente a questão aos tribunais superiores e cortes internacionais, como poderá haver estratégia se não houver comunicação entre todos os defensores que atuarão nessas diferentes fases? Assim, o primeiro obstáculo a ser vencido é falta de organização interna da instituição, impossibilitando que um defensor possa ter conhecimento do trabalho que é desenvolvido por outro, já que, não raro, uma tese defendida por um é a mesma defendida por outro em órgão distinto,

¹⁰ TSU, Sun. *A arte da guerra*. Tradução de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: Ed. L&PM, 2006.

e a vitória de um deles poderia poupar o trabalho do outro, direcionando seus esforços para problemas que ainda não tenham solução. Se uma demanda é ajuizada por diversos defensores, dado que se trata de problema comum, e um deles obtém sucesso, não é razoável que esse resultado não seja compartilhado com os colegas que enfrentam a mesma dificuldade, o que otimizará o trabalho em seus órgãos de atuação e permitirá que canalizem esforços e energias para a solução de outras demandas. No entanto, a solução para tal problema deve partir da administração superior, no sentido de criar um órgão em sua estrutura que seja específico para a atuação estratégica, responsável por tal integração e por outras medidas indispensáveis ao desenvolvimento dessa nova cultura defensorial, como estabelecimento de grupos de trabalho, encontros periódicos de defensores para eleição e discussão de temas relevantes com eleição de estratégias a serem adotadas para a solução das questões, elaboração de enunciados orientadores da atuação, promoção da integração entre defensores de diferentes classes, a fim de promover a continuidade do trabalho em diversas esferas, estabelecimento de forças-tarefas para a adoção de medidas que visem à defesa de direitos onde estes sejam diuturnamente vilipendiados com violação às prerrogativas funcionais dos defensores, bem como outras medidas que possibilitem a adoção das ferramentas necessárias à garantia dos direitos das populações sofridas, vulneráveis e marginalizadas que compõem o universo dos assistidos, essência e razão de ser da Defensoria Pública enquanto verdadeira instituição garantidora dos direitos fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

CASTRO, André Luis Machado de et al. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Edição dos Autores, 2013. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf>.

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira et al. *Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. 138 p. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris Direito, 2013.

TSU, Sun. *A arte da guerra*. Tradução de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: Ed. L&PM, 2006.

AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LOS PRIVILEGIOS DE DEFENSORES PÚBLICOS PROCEDIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Vanessa Maria de Miranda Pontes

Defensora Pública do Estado de Minas Gerais.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo discutir a necessidade de se observarem as prerrogativas processuais da Defensoria Pública como instrumento de densificação dos direitos fundamentais dos necessitados. Isso porque, havendo eventual afronta à prerrogativa processual, o direito material do hipossuficiente será atingido e, conseqüentemente, o direito fundamental à gratuidade judiciária e acesso à justiça. Hodiernamente, tais prerrogativas são analisadas sob a perspectiva da instituição, enquanto a questão do direito fundamental do hipossuficiente acaba sendo omitida. Assim, fez-se indispensável nova análise do assunto à luz do direito fundamental do necessitado. Foi utilizado o procedimento metodológico de abordagem de análise documental para produção do artigo, concluindo-se que o cumprimento das prerrogativas processuais da Defensoria Pública conduz à efetivação da Constituição Federal e também dos direitos fundamentais do hipossuficiente.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Prerrogativa processual. Direito fundamental.

Resumen: Este artículo se propone discutir la necesidad de observar las prerrogativas procesales de la Defensoría del Pueblo como instrumento de densificación de los derechos fundamentales de los más necesitados. Esto se debe, sobre cualquier afrenta a la prerrogativa procesal hipossuficiente material adecuado se logrará, por lo que el derecho fundamental a la propina legal y acceso a la justicia. En nuestros tiempos, tales prerrogativas se analizan desde la perspectiva de la institución, mientras que la cuestión del derecho fundamental de una desventaja termina siendo omitido. Por lo tanto, se convirtió en nuevo análisis esencial de la cuestión a la luz del derecho fundamental de los necesitados. Se utilizó el procedimiento metodológico del enfoque de análisis de documentos para la producción de artículos, y las reflexiones a la conclusión de que el cumplimiento de las prerrogativas procesales del Defensor Público lleva a la ejecución de la Constitución y los derechos fundamentales de una situación de desventaja.

Palabras clave: Defensa Pública. Prerrogativa procesal. Derecho fundamental.

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é a escolha constitucional do Estado democrático de direito para fins de efetivação do direito fundamental de assistência jurídica

integral ao hipossuficiente. Embora existam vários modelos mundiais para fins de dispensa da assistência jurídica integral ao necessitado, o poder constituinte originário, ao estruturar a República Federativa do Brasil, preferiu o modelo publicista, criando a Defensoria Pública (art. 134 da Constituição Federal).

Fruto do poder constituinte originário, a Defensoria Pública está inserida no rol de cláusulas pétreas por ser instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

É certo que a função típica da Defensoria Pública é o exercício da assistência jurídica integral ao necessitado, mas a sua atuação não se circunscreve ao âmbito judicial, pois avança cada vez mais rumo à esfera extraprocessual, em consonância com a terceira onda renovatória de acesso à justiça.

O acesso à justiça é um direito fundamental do cidadão brasileiro, conquista histórica, por isso a busca da solução de conflitos fora dos processos judiciais cresce, haja vista as diversas vantagens apresentadas pelas formas alternativas para composição de conflitos, como a rapidez e a informalidade.

A Defensoria Pública também se prepara para a implementação da atuação extrajudicial mais intensa, pretendendo assim contribuir com a sociedade e, especialmente, com os hipossuficientes no alcance do mínimo existencial.

Não obstante, o exercício da função típica da Defensoria Pública, por meio de sua atuação no âmbito judicial, ainda é predominante, de maneira que as prerrogativas processuais são de grande importância.

Na realidade, as prerrogativas processuais da Defensoria Pública – a saber, prazo dobrado e intimação pessoal – são instrumentos, ferramentas especiais de trabalho que somente se justificam tendo em vista a incumbência constitucional que lhe foi outorgada, isto é, a defesa integral de indefesos, hipossuficientes, pessoas cuja realidade econômica e social faz com que estejam à margem, à beira do caminho.

O constituinte reconheceu, na topografia escolhida e no conteúdo permeado no texto constitucional, que o ser humano é o epicentro do sistema jurídico brasileiro, motivo pelo qual não foi possível passar ao largo do cidadão hipossuficiente sem que lhe fosse concedida uma instituição exclusiva, com a função precípua de defendê-lo.

À luz dessas reflexões constitucionais, a valoração das prerrogativas processuais deve ser lançada, bem como analisadas as funestas consequências constitucionais em caso de ofensa, tendo em consideração o direito fundamental do cidadão hipossuficiente – a menina dos olhos da Constituição Federal.

Atualmente, tem sido notável o fortalecimento das prerrogativas institucionais, de maneira que o art. 4º, IX, da Lei Complementar nº 90/94, instituído pela Lei Complementar nº 132/2009, alçou expressamente a função institucional específica a autodefesa das funções institucionais e prerrogativas dos órgãos de execução da Defensoria Pública, mediante *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* e mandado de segurança ou qualquer outra ação que se fizer necessária.

Esta pesquisa valeu-se do método empírico indutivo, sendo o procedimento metodológico utilizado a análise documental de livros, artigos científicos, jurisprudência, sites jurídicos etc. Salienta-se que a técnica da coleta foi realizada através da análise documental.

As seções a seguir vão discorrer sobre os obstáculos de acesso à justiça, a assistência jurídica integral como direito fundamental, a Defensoria Pública nas ondas renovatórias do acesso à democratização da justiça, a importância das prerrogativas processuais da Defensoria Pública sob a ótica dos direitos fundamentais e, finalmente, as consequências constitucionais da (in)observância das prerrogativas processuais. Ao final, as conclusões explicitarão a imprescindibilidade do respeito às prerrogativas processuais da Defensoria Pública para densificação dos direitos fundamentais dos hipossuficientes e efetivação da Constituição Federal na realidade social.

1. OBSTÁCULOS DO ACESSO À JUSTIÇA

Os estudos sobre o acesso à justiça foram intensificados na década de 1960, tendo em vista a eclosão da administração da justiça ocorrida no período pós-guerra, a qual foi ocasionada por vários fatores sociais e econômicos, tais como a explosão da litigiosidade, a crise financeira dos Estados, a crescente incapacidade estatal em dar cumprimento aos compromissos assistenciais e a dificuldade de expansão dos serviços de administração da justiça.

Sobre o tema, há relevante contribuição da sociologia jurídica, considerando o desenvolvimento da investigação sistemática dos obstáculos de acesso à justiça às classes populares e a busca de superação.

Discorrendo acerca do assunto, Boaventura de Sousa Santos faz alusão à procura suprimida de cidadãos impotentes para reivindicar os direitos violados:

A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares deste e de outros países é procura suprimida. É essa procura que está, hoje, em discussão. E se ela for considerada, vai levar a uma grande transformação do sistema judiciário e do sistema jurídico no seu todo, tão grande que fará sentido falar da revolução democrática da justiça.¹

Refletindo sobre o acesso à justiça de maneira mais aprofundada, Watanabe² ensina que não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto jurisdição estatal, mas é indispensável viabilizar acesso a uma ordem jurídica mais justa.

O acesso à justiça, na verdade, traz à tona o conflito da igualdade formal e material, uma aspiração das classes populares na busca de seus direitos. Assim, o resultado das investigações de Boaventura de Sousa Santos³ conclui que existem três obstáculos para o acesso à justiça: econômicos, sociais e culturais.

Rememorando o clássico estudo sociológico, quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que a justiça é mais cara aos cidadãos hipossuficien-

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 38.

² GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*: São Paulo, Editora dos Tribunais, 1988.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, n. 21, p. 11-44, nov. 1986.

tes, sobretudo porque o custo da litigância aumenta, proporcionalmente, à medida que é diminuído o valor da causa. Considerando que os necessitados costumam ajuizar demandas cujo valor da causa é baixo, muitos dos direitos são suprimidos pela inviabilidade financeira de se arcar com os custos desse processo. Além disso, a lentidão dos processos em geral agrava o custo, podendo tornar insustentável a continuidade de uma litigância pelo pobre.

Outros obstáculos sociais e culturais de acesso à justiça também puderam ser encontrados, pois quanto mais baixo o estrato social, maior será a distância da administração da justiça. Foi constatado, além disso, que os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer mal os seus direitos e a possibilidade de reparação, diminuindo conseqüentemente a probabilidade de procura desses direitos, já que esses cidadãos hesitam muito mais que os demais para buscar seus direitos.

A falta de recursos afasta o hipossuficiente da procura do acesso à justiça, pois, em geral, há menos probabilidade de ele saber como, onde e quando pode ter acesso a um profissional que defenda seus direitos, sendo ainda maior a distância geográfica do local em que trabalha e vive em relação à zona onde são encontrados os meios de acesso à justiça.

Ainda, essa condição social do hipossuficiente conduz a uma situação de dependência que o leva a assumir, muitas vezes, postura de resignação ou até de desconfiança em relação à justiça, pois existe o temor de represálias no que respeita à busca de seus direitos.

Em suma, a discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que parece à primeira vista, sendo, portanto, relevante a inovação do Estado democrático de direito na criação da Defensoria Pública, um sistema público, organizado e subsidiado pelo Estado, apto a permitir a concretização da assistência jurídica e integral ao hipossuficiente.

2. ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA – UM DIREITO FUNDAMENTAL DE OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal institui de forma expressa o direito fundamental à “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso”. Por se tratar de garantia fundamental, o direito está protegido pelo manto da cláusula pétreia e do princípio do não retrocesso, uma vez que preconiza a assistência jurídica ao desamparado. Diante disso, infere-se que nem mesmo o poder constituinte derivado pode abolir ou diminuir o direito de assistência jurídica gratuita, tampouco, quiçá, futuras constituições, pois já foi consolidado como patamar mínimo de dignidade do ser humano.

Verdadeiramente, há distinção entre gratuidade de justiça, assistência judiciária e assistência jurídica, conforme lições de Gustavo Corgosinho:

[...] a *justiça gratuita* está ligada a ideia de isenção de custas e emolumentos, sendo deferida ou não pelo Poder Judiciário; e foi incorporada pela *assistência judiciária* que também trouxe a gratuidade dos honorários profissionais técnicos necessários ao patrocínio da causa, sendo certo tanto o *advogado dativo* quantos os peritos são

nomeados pelo Juízo para atuação em caso delimitado no ato de nomeação.⁴

Assistência jurídica, segundo Cléber Francisco Alves e Marília Gonçalves Pimenta,

[...] engloba a assistência judiciária, além de outros serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientar, esclarecimento de dúvidas e prestando orientação e auxílio à comunidade no que diz respeito à formalização de escrituras, obtenção de certidões, registro de imóveis.⁵

O direito de assistência jurídica gratuita, como todo direito fundamental, não é absoluto, mas encontra aparente limitação no próprio texto constitucional, uma vez que a redação do art. 5º, LXXIV, afirma que deve ser dispensado aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Sobre o assunto, o ensina Corgosinho:

Conclui-se, então, que o conceito de necessitado tem evoluído historicamente, e podemos dizer que, nos termos da legislação em vigor, poderia ser tido como: pessoa física cuja situação econômica não lhe permita pagar custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo próprio ou da família, destacando-se que a tal pessoa presumir-se-á pobre, até prova em contrário, mediante simples afirmação dessa condição na própria petição inicial; e toda pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, que, na primeira hipótese, comprove sua impossibilidade financeira e, na segunda, formule o requerimento na forma da lei.⁶

No âmbito estatal, a Defensoria Pública é uma instituição que tem a incumbência de prestar assistência jurídica gratuita ao necessitado, nos termos do art. 134 da Constituição Federal. Para Silvana Cristina Bonifácio:

Como já tivemos oportunidade de mencionar, a Defensoria Pública é um órgão público criado pela Constituição Federal de 1988, que garante às pessoas carentes o acesso à justiça. Por ser do Estado a obrigação precípua de prestar a assistência jurídica integral e gratuita, forçoso se fez reconhecer uma instituição autônoma e independente que pudesse prestar fielmente

⁴ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

⁵ ALVES, Cléber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça: em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁶ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

esse serviço público. A Defensoria Pública é, então, o órgão garantidor maior da prestação de assistência, como veiculador da igualdade entre os indivíduos.⁷

Considerando que a missão da instituição é a assistência jurídica ao necessitado de maneira integral (art. 134 da CF/88), nada mais coerente que a consagração da presunção de hipossuficiência quando a parte está representada pela Defensoria Pública.

Esse entendimento é inexorável porque a Constituição privilegia os direitos fundamentais acima da organização do Estado, consagrando no epicentro do sistema jurídico o ser humano, de sorte que o Estado e todas as suas instituições somente estão a serviço do homem. O Estado, sob a ótica dos direitos fundamentais, é apenas um meio, um instrumento, e não fim em si, para a densificação dos direitos essenciais ao ser humano.

É certo que a Defensoria Pública passa por múltiplas transformações, porém o retrato da atualidade foi bem descrito por Thiago Silva Artiolle e Hassan Hajj:

Com efeito, a Defensoria Pública ainda não possui a atenção que merece, não estando instalada em todas as comarcas e subseções brasileiras, bem como não conta com um número suficiente de membros para atender satisfatoriamente a toda a demanda existente, dado que as pessoas que detêm o direito de assistência por ela prestada representam a grande parcela da população nacional. Em termos orçamentários, a Defensoria Pública ainda é preterida em relação às demais instituições públicas relacionadas à Justiça, pois, não logrando o prestígio que merece, recebe menores dotações, o que inviabiliza sua instalação em todas as comarcas e subseções nacionais, bem como não permite a contratação de novos membros. Ademais, essa instituição não conta, em geral, com um quadro de profissionais afetos às suas atividades administrativas, acabando por recair tal encargo sobre os próprios Defensores Públicos, os quais, assim, têm carga dobrada para trabalhar na efetivação de direitos dos assistidos. Portanto, muito embora a Defensoria Pública seja a instituição que o Estado deve se valer para democratizar o acesso à Justiça, ela ainda não possui condições de efetivamente atender a toda a demanda existente. Para alterar essa realidade, o que se necessitada é de maior compromisso político do Estado para com essa instituição, a qual impescinde de maiores investimentos, a fim de poder concretizar as determinações legais pertinentes, com a instalação de Defensoria Pública onde não existente e aprimoramento

⁷ BONIFÁCIO, Silvana Cristina. *Assistência jurídica integral e gratuita*. São Paulo: Método, 2003, p. 94.

das que já se encontram em funcionamento, tanto em recursos materiais quanto humanos.⁸

Em que pese a situação atual, a instituição tem passado por relevantes mudanças que valorizam cada vez mais sua autonomia funcional e administrativa (art. 134, § 1º, da CF/88), sendo relevante rememorar as alterações trazidas no texto constitucional pelas Emendas nº 74/2013 e 80/2014. Assim, o aparelhamento da Defensoria Pública privilegia a proteção do ser humano hipossuficiente, em consonância com uma interpretação conforme a Constituição, e a concretização de outros direitos fundamentais, além da assistência jurídica gratuita.

3. DEFENSORIA PÚBLICA NAS ONDAS RENOVATÓRIAS DE DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Estudos desenvolvidos pelos juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra *Acesso à Justiça*⁹ descreveram a existência da crise do acesso à justiça, mas, sobretudo, visaram propor de modo reflexivo algumas soluções eficazes. Os autores destacam que: “a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível, ao passo que a demora pode representar, ao final, a denegação da própria justiça”.

Em resposta à problemática, surgiram movimentos denominados de ondas renovatórias, representando uma reação estatal na tentativa de superação das dificuldades do acesso à justiça.

Sinteticamente, a primeira onda renovatória foi marcada por modificações que levaram à assistência jurídica aos necessitados; a segunda, à representação dos interesses difusos e coletivos; e a terceira, ainda em curso, apresentou uma concepção mais ampla de acesso à justiça, a simplificação do processo e a garantia de processo e justiça mais acessível e participativa.

A escolha constitucional da Defensoria Pública como modelo publicista para a prestação da assistência jurídica, integral e gratuita, sem dúvida alguma, pode ser enquadrada na primeira onda renovatória. Contudo, há forte participação da Defensoria na implementação da segunda onda, tendo em vista o reconhecimento da legitimidade da instituição na propositura das ações coletivas, e também na terceira onda, considerando a adoção de meios alternativos de solução de conflito e busca intensa da efetividade das decisões judiciais.

Arcênio Brauner Júnior leciona:¹⁰ “Destarte, resta claro que a Defensoria Pública encontra fundamento na primeira onda renovatória de Cappelletti e Garth, constituindo-se como órgão-garantia essencial para o acesso à justiça, dando alicerce à implementação das duas ondas subsequentes”.

É expressiva a participação da Defensoria Pública nas ondas renovatórias de acesso à justiça do Brasil, porém o movimento não se circunscreve ao âmbito nacional, mas irrompe as barreiras estatais e atinge o plano internacional.

⁸ ARTIOLLE, Thiago Silva; HAJJ, Hassan. *Defensoria Pública e acesso à justiça*. 2007. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/18/artigos/05.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

¹⁰ BRAUNER JÚNIOR, Arcênio. *Princípios institucionais da Defensoria Pública da União*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

Assim, a Resolução nº 2.656 da OEA, de 2011, incentivou os Estados a instituir a Defensoria Pública para prestação da assistência jurídica gratuita e ainda recomendou o respeito à autonomia e à independência funcional, tendo em vista que o acesso à justiça é um direito humano fundamental que possibilita o exercício de outros direitos ignorados ou violados.

4. A IMPORTÂNCIA DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Defensoria Pública atua na terceira onda renovatória buscando gradativamente, na via extrajudicial, a solução alternativa dos conflitos de interesse. Contudo, sua atuação processual ainda é predominante, de sorte que as principais prerrogativas processuais previstas nos art. 44, I, 89, I, e 128, I, todos da Lei Complementar nº 80/94, e em leis complementares dos Estados-membros, ou seja, o prazo dobrado e a intimação pessoal mediante remessa dos autos com vista à Defensoria Pública, assumem grande importância. Longe de ser um privilégio, tais prerrogativas são instrumentos ou ferramentas especiais de trabalho, indispensáveis para a concretização do direito fundamental do necessitado de acesso à assistência jurídica gratuita. Com efeito, sem o cumprimento das prerrogativas processuais, a Defensoria Pública não consegue desempenhar sua função precípua.

Quanto à natureza das prerrogativas da Defensoria Pública, afirma Arcênio Brauner Júnior:

As prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União são faculdades especiais, conferidas a esta categoria de agentes políticos do estado para que sejam alcançadas as finalidades da instituição. A caracterização do Defensor Público como agente dá-se pelo fato de suas funções ou atribuições terem assento constitucional, de possuírem autonomia funcional e por não se sujeitarem imediatamente ao regime jurídico comum dos servidores públicos, possuindo uma legislação que lhe é própria. As prerrogativas que se concedem não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias.¹¹

Nessa linha, a Resolução nº 2.656 da OEA admitiu que o acesso à justiça não se esgota com o ingresso das pessoas na instância judicial, mas se estende ao longo de todo o processo, o qual deve ser instruído segundo os princípios que sustentam o Estado de direito acerca de um julgamento justo.

Deveras, o processo judicial que deixa de observar as prerrogativas processuais da Defensoria Pública, além de ser ofensivo à instituição e ao devido processo legal, é injusto, já que tem aptidão de prejudicar o direito material do necessitado.

¹¹ BRAUNER JÚNIOR, Arcênio. *Princípios institucionais da Defensoria Pública da União*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

O necessitado amparado pela Defensoria Pública tem direito à assistência jurídica integral (art. 134 da CF/88), porém em sendo desrespeitadas as prerrogativas processuais, a proteção constitucional é restringida em razão de ilegalidade, daí haver umbilical ligação entre a defesa dos direitos fundamentais de pessoas e grupos de hipossuficientes e o atendimento às prerrogativas processuais da Defensoria Pública.

Os direitos fundamentais dos necessitados iluminam a valorização crescente das prerrogativas da Defensoria Pública no ordenamento jurídico.

Assim, salienta-se o art. 4º, IX, da Lei Complementar nº 80/94, instituído pela Lei Complementar nº 132/2009, que alçou a função institucional a autodefesa das prerrogativas e funções da Defensoria Pública por meio de qualquer ação que se fizer necessária para a tutela dos órgãos de execução da instituição, inclusive *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* e mandado de segurança.

Outro movimento legislativo valioso é o Código de Processo Civil (CPC), no qual a Defensoria Pública ganhou espaço, concedendo-se maior visibilidade às prerrogativas processuais, pois o art. 186, § 1º, desse diploma dispôs expressamente sobre o assunto.

Controvérsia interessante foi discutida pelo defensor Tiago Bertão de Moraes¹² acerca do art. 1.003 do CPC, já que a literalidade do dispositivo não assegura a intimação pessoal da Defensoria Pública para o início da contagem do prazo processual: “Ademais, esta interpretação que se quer confiar ao art. 1.003, CPC, fere de morte a Constituição da República Federativa do Brasil, por violação ao art. 134, § 1º”.

Sobre o fundamento constitucional das prerrogativas processuais da Defensoria Pública, sustentam Franklyn Roger e Diogo Esteves:

Além disso, o próprio artigo 134, § 1º, da Constituição, após estabelecer que apenas lei complementar poderia dispor sobre a organização da Defensoria Pública, traçou os parâmetros genéricos de estruturação da instituição, positivando a garantia da inamovibilidade e proibindo os Defensores Públicos de exercerem a advocacia. Logo, o próprio legislador constituinte entendeu conveniente ampliar o sentido organizacional da Defensoria Pública, para inserir dentro do conceito de organização garantias e proibições. Com efeito, parece claro que o termo organizar, inserido no artigo 134, § 1º, da Constituição, deva ser compreendido em seu sentido amplo, abrangendo tanto a regulamentação da estrutura, das atribuições e da carreira, como também a normatização dos direitos, garantias, prerrogativas, deveres, proibições, impedimentos, objetivos e responsabilidade funcional.¹³

¹² MORAES, Tiago Bertão de. *A prerrogativa da intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública e o novo CPC*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/21/prerrogativa-da-intimacao-pessoal-dos-membros-da-defensoria-publica-e-o-novo-cpc/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹³ SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Felipe. *Defensoria deve se organizar para atuar em regularização fundiária urbana*. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-07/defensoria-organizar-atuar-regularizacao-fundiaria-urbana>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Portanto, o art. 1.003 do CPC deve ser interpretado conforme a Constituição, isto é, com o art. 134, § 1º, da Constituição e, sistematicamente, com o art. 128, I, da Lei Complementar nº 80/94 e com o art. 186, § 1º, do CPC, garantindo-se a concretização da intimação pessoal da Defensoria Pública.

5. CONSEQUÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA (IN)OBSERVÂNCIA DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Destacando-se as principais prerrogativas processuais, tem-se o prazo dobrado e a intimação pessoal a partir de remessa dos autos à Defensoria Pública com vista. O prazo dobrado é necessário não só para que a instituição consiga efetuar o ato processual, evitando-se a preclusão temporal, mas também para que o órgão de execução da Defensoria Pública tenha a possibilidade de estudar o caso concreto, a jurisprudência e a legislação vigente para entregar uma defesa de qualidade, isto é, integral, nos termos do compromisso constitucional assumido com o necessitado.

Se assim não fosse, poderia haver prejuízo ao necessitado pelo desempenho das demais atividades típicas da Defensoria Pública e, sobretudo, o atendimento de outros necessitados no decurso do prazo.

Assim, a dobra do prazo merece ser analisada não só da perspectiva estática, isto é, prazo *versus* instituição, mas principalmente da dinâmica real havida na Defensoria Pública, uma vez que a instituição, por ter contato direto com a sociedade e toda sorte de misérias do ser humano, vive em constante movimento.

Nessa dinâmica, inserem-se de maneira clara a efervescência e a velocidade das urgências causadas pelos conflitos reais ainda não reduzidos a processo, os quais certamente vão cortar as filas dos prazos ordinários.

Acrescem à dinâmica os imprevistos que surgirão no caminho de um órgão de execução da Defensoria Pública a partir do momento em que se move na tentativa de atender de maneira simultânea todos esses conflitos processuais e não processuais, tendo em vista a falta de estrutura material e de pessoal.

Diante disso, a dobra processual da Defensoria afeta quantitativa e qualitativamente a defesa do necessitado, sendo, portanto, uma garantia constitucional do hipossuficiente à defesa integral.

Não é possível perder de vista os estudos de Boaventura de Souza Santos¹⁴ acerca dos obstáculos culturais de acesso à justiça. Esses estudos demonstram que o desamparado hesita na busca do acesso à justiça porque desconfia da qualidade dos serviços jurídicos a serem dispensados e acredita que são inferiores aos executados por um profissional particular. E constataram ainda que o necessitado está sujeito aos obstáculos econômicos de acesso à justiça por falta de meios materiais e a obstáculos sociais, tal como a natural distância que em geral existe entre o local em que mora ou trabalha o necessitado e aquele no qual encontrará acesso à justiça.

Essa é a realidade da Defensoria e principalmente do necessitado, seu assistido, sendo assim habituais as conversas depreciativas da qualidade jurídica dos serviços da Defensoria Pública nas ocasiões em que o cidadão se

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, n. 21, p. 11-44, nov. 1986.

sente contrariado ou inseguro ante a falta de estrutura de material e pessoal da instituição.

Ainda, a realidade da Defensoria Pública é permeada por dificuldades típicas e próprias do necessitado, como a demora na busca de documentação, reunião de rol de testemunha pela falta de dinheiro e meios materiais. Quantas vezes o assistido demora a comparecer na Defensoria pela falta de dinheiro para a passagem de ônibus ou para ir ao local onde lhe seria fornecida a documentação imprescindível à continuidade do feito? Quanto se atrasa na procura do rol de testemunhas pela ausência de condições materiais?

O verdadeiro necessitado, assistido pela Defensoria Pública, se movimenta num ritmo processual mais lento, no que respeita ao atendimento de providências processuais, já que sua realidade social torna tudo mais difícil e mais demorado, retardando o cumprimento de um prazo processual comum.

Tal peculiaridade precisa ser levada em consideração na valoração da dobra processual, porque a Defensoria Pública, no âmbito de sua autonomia e especialidade institucional exclusiva no atendimento de necessitados, possui critérios internos rigorosos e bem seguros para a constatação da vulnerabilidade econômica.

Dessa maneira, ao ser um indivíduo considerado pela instituição como necessitado, assistido, haverá presunção constitucional e legal de hipossuficiência, o que muito difere da mera concessão do benefício da justiça gratuita.

Portanto, é reducionista a visão de que a Defensoria necessita do prazo dobrado porque não tem estrutura, paridade de armas com a instituição *ex adversa*, o Ministério Público, pois o necessitado, seu público específico, precisa de mais tempo, ou seja, de mais uma chance para vencer os obstáculos de acesso à justiça.

Ao serem combinadas as dificuldades estruturais da instituição com os obstáculos culturais, sociais e econômicos de acesso à justiça aos quais os necessitados estão submetidos, a dobra processual encontra fundamento de existência na efetivação de princípios constitucionais como a isonomia e o acesso à justiça.

É certo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.261.856, 4ª Turma, de relatoria do ministro Marco Buzzi, já estabeleceu que o assistido da Defensoria Pública tem prazo dobrado no que tange ao prazo de cumprimento de sentença, sob pena da multa prevista no art. 475-J do CPC/73.

A intimação pessoal dá-se apenas por ocasião da remessa dos autos com vista à Defensoria Pública – outra prerrogativa processual que, ao se entrelaçar com a primeira, estabelece como *dies a quo* do prazo dobrado a data da chegada dos autos com vista à instituição. Nesse sentido, o STJ já decidiu que o início da contagem do prazo processual dá-se do dia seguinte à entrada dos autos na Defensoria Pública, conforme se verifica no Recurso Especial nº 1.636.929, do Mato Grosso, 3ª Turma, relatora Nancy Andrichi. O STF, 2ª Turma, também reconheceu a prerrogativa da intimação pessoal Defensoria Pública no *Habeas Corpus* nº 126.663.

A Defensoria Pública precisa ter a oportunidade de examinar materialmente os autos como um todo, de maneira ampla e profunda, a fim de que possa decidir com serenidade acerca da melhor estratégia de defesa em favor do hipossuficiente.

Observa-se, assim, que é do necessitado o direito constitucional a essa análise técnica dos autos de maneira integral, o que, conseqüentemente, reflete-se na qualidade da prestação jurídica, pois a instituição tem a incumbência constitucional de prestar assistência integral, o que não é fácil de ser concretizado, porque a Defensoria tem o dever de amparar não só um, ou alguns, mas toda a coletividade de necessitados que buscarem a sua guarida.

Por isso, a prerrogativa processual da intimação pessoal da Defensoria Pública merece ser observada mesmo quando o ato processual dá-se em audiência, como a sentença, para possibilitar de maneira efetiva a ampla defesa constitucional do necessitado a ser desempenhada pela instituição. Perfilhou esse entendimento o STJ no Recurso Especial nº 1.425.353, da Paraíba, e ainda no Recurso Especial nº 1.190.865, de Minas Gerais.

Também decidiu a 1ª Turma da Corte Suprema no Recurso em *Habeas Corpus* nº 117.029, relator o ministro Dias Toffoli, que a Súmula nº 431/STF não se aplica à Defensoria Pública no que diz respeito à dispensa à intimação prévia da pauta de julgamento do *habeas corpus*, sendo causa de nulidade a ausência de intimação, haja vista violação ao direito de defesa. Note-se que já havia sido decidido pela 1ª Turma do STF, no *Habeas Corpus* nº 98.357, de relatoria da ministra Carmen Lúcia, que a falta de intimação da Defensoria Pública no julgamento da apelação gera nulidade pela frustração da possibilidade de sustentação oral. No entanto, é preciso cuidado quanto ao momento da alegação da nulidade, pois os tribunais superiores entendem que deve ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão, como decidido pelo Tribunal Constitucional no Recurso em *Habeas Corpus* nº 124.554, 1ª Turma, relatora a ministra Rosa Weber, e no *Habeas Corpus* nº 133.476, 2ª Turma, relator o ministro Teori Zavascki. Compartilhando posição semelhante, o STJ, 6ª Turma, *Habeas Corpus* nº 241.060, de Santa Catarina, relatora a ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Embora seja menos polêmica essa prerrogativa, não é de se estranhar que as instituições estatais do sistema de administração da Justiça, como Defensoria Pública e Ministério Público, ao postularem em juízo, tenham a intimação pessoal como prerrogativa, pois ainda quando o interesse individual está sendo postulado em juízo, a atuação institucional dá-se com o fito de realizar interesse que transcende o individual, atingindo o bem comum da coletividade. Logo, as prerrogativas processuais da Defensoria Pública visam à realização do bem comum da coletividade dos necessitados, questão que transcende o aspecto institucional.

Então, na análise das prerrogativas processuais, não é possível passar ao largo da realidade social do necessitado, pois a República Federativa do Brasil é um Estado pobre, e os hipossuficientes economicamente correspondem, atualmente, à totalidade do público da Defensoria Pública.

Recordando, o conceito de República faz com que o Estado e todas as instituições estatais existam para os governados, inclusive a Defensoria Pública, deixando assim de terem um fim em si, encontrando no bem-estar do ser humano o verdadeiro sentido.

Nesse diapasão, a Carta Constitucional rege o ordenamento jurídico pátrio e estabelece como epicentro a dignidade do ser humano.

Destarte, as prerrogativas processuais realizam de maneira nítida os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88), permitindo a concretização da cidadania, da dignidade do ser humano e do pluralismo político e o cumprimento dos objetivos da República previstos no art. 3º da Constituição, pois possibilitam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; cooperam para a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; e promovem o bem de todos, sem discriminação.

Todo o poder emana do povo.

Isso posto, a Defensoria Pública tem seu poder, suas funções e prerrogativas fundadas no benefício do povo, diga-se de passagem, na maior parte do povo brasileiro, ou seja, pobres e miseráveis. A existência das prerrogativas processuais da Defensoria Pública tem fundamento constitucional e justificativa na proteção dos direitos fundamentais, devendo, portanto, ser interpretadas conforme a Constituição Federal e à luz do epicentro do ordenamento jurídico, motivo pelo qual sua importância transcende o aspecto institucional e atinge diretamente o necessitado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociologia jurídica, em estudos sistemáticos, revelou que o hipossuficiente, na busca do acesso à justiça está sujeito a obstáculos econômicos, sociais e culturais. A Constituição Federal, cujo epicentro é o ser humano, foi sensível a essa realidade e outorgou exclusivamente ao necessitado uma instituição que tem a incumbência de defender seus direitos, em especial os fundamentais.

A Defensoria Pública foi criada por ocasião da primeira onda renovatória de acesso à justiça, porém possui participação na segunda onda, com a defesa de interesses transindividuais, e na terceira onda, ante a tentativa de intensificação dos trabalhos na solução extrajudicial dos conflitos de interesses.

Para fins de cumprimento de sua missão constitucional, a lei entregou à Defensoria Pública prerrogativas, as quais vêm ganhando crescente importância, conforme evidenciado nas inovações legislativas, tais como a Lei Complementar nº 132/2009 e o Código de Processo Civil. As principais prerrogativas processuais são o prazo dobrado e a intimação pessoal mediante remessa dos autos com vista à Defensoria Pública.

Suprimidas as prerrogativas processuais da Defensoria, a promessa constitucional de proteção feita ao necessitado, a saber, a defesa integral dos seus direitos, é reduzida, sendo assim possível haver prejuízo do direito material do hipossuficiente, em ofensa à isonomia e ao acesso real a uma ordem jurídica justa.

A conjugação das dificuldades estruturais existentes na Defensoria Pública com os obstáculos econômicos, sociais e culturais a serem superados pelo necessitado justifica a dobra processual.

A intimação pessoal mediante remessa com vista à Defensoria encontra fundamento na imprescindibilidade de os autos serem analisados como um todo, de maneira profunda e refletida para a execução de um trabalho técnico de qualidade, uma garantia constitucional do necessitado de defesa integral.

Dessa maneira, as prerrogativas processuais da Defensoria Pública sob a ótica dos direitos fundamentais visam ao bem comum da coletividade, dando ensejo à realização dos fundamentos da República e ao cumprimento dos objetivos de um Estado democrático de direito.

Há base constitucional nas prerrogativas processuais da Defensoria Pública, sendo desejável a aplicação de interpretação conforme a Constituição à luz do epicentro do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cléber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça: em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARTIOLLE, Thiago Silva; HAJJ, Hassan. *Defensoria Pública e acesso à justiça*. 2007. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_antteriores/18/artigos/05.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BONIFÁCIO, Silvana Cristina. *Assistência jurídica integral e gratuita*. São Paulo: Método, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 241.060 - SC (2012/0088623-8)*. 19 de setembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200886238&dt_publicacao=26/09/2012>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. *Recurso Especial nº 1.425.353-PB (2013/0409595-1)*. 2 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2017/REsp_Senten%C3%A7a_Prerrogativas.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. *Recurso Especial nº 1.261.856 - DF (2011/0140046-4)*. 22 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201261856>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. *Recurso Especial nº 1.636.929-MT (2013/0118108-9)*. 17 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201301181089>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. *Recurso Especial nº 1.190.865 - MG (2010/0074947-9)*. 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22MASSAMI+UYEDA%22%29.min.%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=+1190865&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 133.476/AM. 14 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11246201>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Habeas Corpus nº 126.663. 8 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9459773>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Habeas Corpus nº 98.357. 11 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7290451>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Recurso em Habeas Corpus nº 117.029. 17 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+117029%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybowoft8>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Recurso em Habeas Corpus nº 124.554/PE. 18 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7377584>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRAUNER JÚNIOR, Arcênio. Princípios institucionais da Defensoria Pública da União. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CORGOSINHO, Gustavo. Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*: São Paulo, Editora dos Tribunais, 1988.

MORAES, Tiago Bertão de. A prerrogativa da intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública e o novo CPC. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/21/prerrogativa-da-intimacao-pessoal-dos-membros-da-defensoria-publica-e-o-novo-cpc/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, n. 21, p. 11-44, nov/ 1986.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Felipe. Defensoria deve se organizar para atuar em regularização fundiária urbana. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-07/defensoria-organizar-atuar-regularizacao-fundiaria-urbana>>. Acesso em: 20 ago. 2017.



*CONSTITUCIONAL /
DIREITO PÚBLICO*

MINISTROCRACIA – O SUPREMO TRIBUNAL INDIVIDUAL E O PROCESSO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO*

MINISTROCRACY: THE INDIVIDUAL SUPREME COURT IN BRAZILIAN DEMOCRACY

Diego Werneck Arguelhes

Doutor em direito pela Universidade Yale e professor pesquisador da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio). Foi Hauser Global Research Fellow na Universidade de Nova York (NYU).

Responsável pelos argumentos principais e pela redação do artigo.

Leandro Molhano Ribeiro

Doutor em ciência política pelo IUPERJ/Ucam e professor pesquisador da FGV Direito Rio. Corresponsável pelos argumentos principais e pela redação do artigo.

Resumo: Neste artigo, mapeamos como a ação de um ministro do STF pode influenciar o processo político decisório. Propomos uma visão ampliada dos mecanismos pelos quais tribunais atuam sobre a dinâmica política, mostrando que, no STF, a alocação desses poderes é individualizada e descentralizada. Neste cenário, que chamamos de “ministrocracia”, a política constitucional se torna errática, criando problemas para a justificação do poder do tribunal em um regime democrático.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Processo decisório. Desenho institucional. Poderes individuais. Controle de constitucionalidade.

Abstract: In this paper, we map how the behavior of a Supreme Court judge can influence the political process. We offer an expanded framework of judicial powers to shape the behavior of political actors, and demonstrate how the Brazilian Supreme Court allocates these powers in an individualistic and decentralized way. In this scenario, which we label “ministrocracy”, constitutional politics becomes erratic, creating problems for the justification of the court’s power in a democratic regime.

Keywords: Brazilian Supreme Court. Judicial decision-making. Institutional design. Individual powers. Constitutional review.

* Este artigo foi originalmente publicado na revista *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, jan/abril 2018. Agradecemos a Evandro Sússekind, Luiz Gomes Esteves, Marcio Grandchamp, Mariana Mota Prado, Mario Brockmann Machado, Rogério Arantes, Thomaz Pereira e aos dois pareceristas anônimos da *Novos Estudos* por comentários a uma versão anterior deste trabalho. Agradecemos também a Ivar A. Hartmann pelos dados inéditos aqui utilizados. Algumas das ideias desenvolvidas aqui foram apresentadas originalmente no encontro de junho de 2017 do *Seminário em Latinoamérica de Teoria Constitucional y Política* (SELA), em Quito, Equador. Gostaríamos de agradecer aos participantes do evento pelos comentários, em especial Andrea Pozas-Loyo, Conrado Hubner Mendes, Eliezer Gomes da Silva e Jamal Greene.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) esteve no centro da crise política nos últimos anos. O processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, a operação Lava Jato e suas implicações para garantias constitucionais, as manobras legislativas de Eduardo Cunha, as reformas do governo Temer – tudo foi em algum momento decidido, adiado, moldado de alguma forma pelo STF. Há quase dez anos, em período de estabilidade política, já se apontava para a construção de uma “Supremocracia” no Brasil.¹ Os últimos anos, porém, deixam transparecer um aspecto diferente do problema. Em vários momentos críticos, o poder judicial foi exercido individualmente por ministros do STF, sem participação relevante do plenário da instituição ou até mesmo contra ele.

Por liminar individual, o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Lula como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff; o ministro Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar, na Câmara, a tramitação do pacote das “10 medidas contra a corrupção”; o ministro Marco Aurélio determinou à presidência da Câmara que desse prosseguimento a um pedido de impeachment contra o então presidente interino Michel Temer. Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais do período seriam precárias, excepcionais e dependentes de confirmação do plenário em um futuro próximo. Na prática, porém, ou o plenário sequer chegou a se manifestar sobre essas e outras liminares monocráticas de grande magnitude política, ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o *status quo*. A crise política deixou evidente que os ministros têm grandes recursos para evitar, emparedar ou mesmo ignorar o plenário.² Em vários momentos importantes, a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judiciais estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada.

Liminares individuais são a face mais visível do problema. Não esgotam, porém, os recursos que os ministros do Supremo têm para afetar a política. Utilizando seu poder de pedir vista, o ministro Gilmar Mendes controlou por vários meses o andamento, no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do processo de cassação da chapa Dilma/Temer, enquanto novas revelações da Lava Jato tornavam mais crítica a situação de Dilma Rousseff e sua relação com o Congresso.³ Durante o processo de impeachment, o então presidente do Supremo, ministro Lewandowski, declarou à imprensa que ainda estava em aberto se o tribunal entraria ou não no mérito da decisão final do Senado.⁴ Seja controlando a agenda do tribunal, seja com simples declarações públicas sobre potenciais decisões futuras, a ação individual de ministros dissuadiu, encorajou ou até viabilizou algumas estratégias de atores políticos.

¹ Vieira, 2008.

² Falcão e Arguelhes, 2017.

³ Redação Terra, “Quem é Gilmar Mendes, dono do voto de minerva que absolveu Temer”, *Terra*, 09 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/quem-e-gilmar-mendes-dono-do-voto-de-minerva-que-absolveu-temer,e4597b04d151d58ec815cb76c4f8712cbn-s62ewa.html>.

⁴ Redação Folha Uol, “Lewandowski diz que STF pode julgar mérito do impeachment”, *Folha Uol*, 09 de maio de 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1769533-lewandowski-diz-que-stf-pode-julgar-merito-do-impeachment.shtml>.

Na conjunção desses dois aspectos – atuação judicial sobre a política que é *individual* (independente de manifestações do colegiado), e às vezes *informal* (independente até mesmo de decisões judiciais) – há um fenômeno mais geral a ser explorado. Quando analisou o que chamou de “Supremocracia”, Vieira (2008) descreveu a concentração de poderes nas mãos do STF como *instituição*. Enfocava *decisões colegiadas* como a unidade de análise do poder de que o tribunal dispunha e da influência política que poderia ter. Da mesma forma, a literatura existente sobre judicialização da política enfoca decisões coletivas. Mesmo quando as unidades de análises são os votos individuais dos ministros, a premissa é que essas posições individuais só poderão afetar o mundo fora do tribunal após serem agregadas, em um processo decisório interno, em votos vencidos e vencedores.⁵

Contudo, o foco nas decisões colegiadas, embora necessário, não é suficiente para uma compreensão plena e precisa do papel dos juizes na política brasileira. Neste artigo, mapeamos e discutimos as principais maneiras pelas quais a ação individual pode ser condição suficiente para influenciar o processo político decisório ao redor do STF. Na parte 1, propomos uma visão ampliada, para além das decisões formais, dos mecanismos pelos quais tribunais atuam sobre a dinâmica política, identificando de que maneira esses poderes podem ser alocados em instituições judiciais colegiadas: (a) *tomada de decisão*, (b) *signalizações públicas* e (c) *definição de agenda*. No desenho institucional de um dado tribunal, cada um desses poderes pode ser exercido (i) *coletivamente* (i.e., só pode ser utilizado por meio de uma decisão colegiada) e/ou (ii) *individualmente* (i.e., a atuação de um único ministro é condição suficiente para utilizar esse poder). Alocações individuais, por sua vez, podem ser *centralizadas* (vinculadas a uma posição institucional fixa, conhecida de antemão na arquitetura da instituição e válida para um grande conjunto de casos, como a de Presidente do tribunal) ou *descentralizadas* (qualquer ministro pode em princípio exercer esse poder).

Na parte 2, reconstruímos o STF como um caso de desenho institucional particularmente individualizado e descentralizado. Diversos exemplos recentes ilustram como a ação individual dos ministros, por meio dos poderes discutidos na seção 1, tem sido decisiva para a política constitucional brasileira. Não se trata aqui de testar quantitativamente quaisquer hipóteses prévias sobre como são usados os poderes individuais dos ministros do STF, mas sim de utilizar casos qualitativamente importantes para a política nacional para teorizar sobre a capacidade individual dos ministros de influenciar o *status quo* legislativo. Apontamos em especial para a interação entre poderes de agenda e de decisão individual no funcionamento do STF: como os relatores dos processos combinam o poder de decidir liminares monocráticas e o poder de liberar ou não essas liminares para apreciação das turmas e do plenário, cria-se um espaço, politicamente relevante, de decisão individual sem controle coletivo. Argumentamos que, no limite, esta combinação pode ser e, inclusive em alguns casos muito importantes, de fato tem sido funcionalmente equivalente ao que chamamos de “*judicial review* individual”, com ministros realizando controle de constitucionalidade sem qualquer controle efetivo pelo plenário.

Na parte 3, discutimos implicações desse cenário para o processo democrático. A atuação individual descentralizada torna a política constitucional errática, ao vinculá-la às preferências de juizes que não necessariamente

⁵ Pex., Oliveira, 2012a, 2012b.

refletem a posição institucional do tribunal como ator coletivo. Em qualquer tribunal, decisões judiciais são, ao menos em parte, contingentes às preferências de seus integrantes. Mas, tipicamente, mecanismos internos de agregação de preferências (p.ex., uma votação majoritária entre os juízes) tornam o resultado final relativamente previsível para uma dada composição do tribunal. No caso do Supremo, porém, essa relativa estabilidade é constantemente erodida pela ação individual, que enfraquece a correlação esperada entre vitórias eleitorais, oportunidade de indicação de ministros e formação da jurisprudência constitucional ao longo do tempo. Mais ainda, a ação individual no Supremo ilustra na prática a possibilidade de um tipo de *contramajoritarismo interno* dentro do próprio tribunal, aumentando o risco de captura desses agentes independentes e gerando problemas para a legitimação da atuação judicial contramajoritária na política de forma mais geral.

1. TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO DECISÓRIO DEMOCRÁTICO

1.1 Que poderes os tribunais têm?

Assumir que um tribunal constitucional é um ator relevante é considerar que ele pode se constituir como um ator de veto no processo político decisório, cuja concordância é necessária para a alteração ou manutenção do *status quo*.⁶ Sendo um ator relevante, as preferências do tribunal constitucional são levadas em consideração no cálculo político dos demais atores que participam do processo decisório. Assim, uma ideia-chave para compreender a atuação de tribunais constitucionais na política diz respeito ao comportamento estratégico dentro e fora do tribunal. No primeiro caso, a observação das preferências potenciais do tribunal acarreta um conjunto de considerações estratégicas tanto daqueles atores que fazem parte da maioria (que pode ser os que exercem o governo), como daqueles na minoria (ou que estão na oposição).

Tribunais constitucionais podem ter um impacto legislativo imediato, direto e formal sobre as decisões legislativas, vetando-as totalmente ou invalidando-as parcialmente. Essa possibilidade de atuação direta, porém, abre espaço para efeitos indiretos sobre o comportamento de atores fora do tribunal. A ameaça crível de decisão judicial futura (gerada pelo comportamento passado do tribunal) cria uma espécie de efeito pedagógico e indireto de retroalimentação (*feedback*) sobre o próprio processo legislativo⁷, conforme atores políticos vão percebendo esses incentivos para adaptar sua produção normativa e estratégias

⁶ Essa é a definição de ator de veto de Tsebelis, 2002. Na aplicação dessa definição aos tribunais constitucionais, porém, Tsebelis os considera "absorvidos" no espaço de preferência de outros atores do sistema político (basicamente devido aos mecanismos de indicação política de seus juízes). Com isso, não os encara, a princípio, como atores com poder de veto. Para uma discussão crítica a respeito e uma análise empírica com evidências contrárias à hipótese de absorção, ver Brouard e Hönnige, 2017.

⁷ Essa ideia está presente em diversos estudos sobre tribunais constitucionais, desde estudos sobre judicialização da política (Stone Sweet, 2000) e regimes políticos (Whittington, 2005), a estudos sobre comportamento judicial (Epstein & Knight, 1997). Para uma análise no caso brasileiro, ver Taylor, 2008.

de ação levando em conta as preferências do tribunal.⁸ Por outro lado, também é possível haver comportamento estratégico e antecipação *dentro* do tribunal. Por exemplo, os juízes podem evitar decisões muito conflitantes com as preferências da maioria governante para evitar retaliação.⁹ Aqui, as variáveis-chave são os poderes que os políticos têm, em princípio, para ameaçar os tribunais. A direção da decisão judicial (ou das considerações estratégicas dos demais atores) dependerá das preferências do tribunal *vis-à-vis* seu grau de independência dado pelo desenho institucional, o que, por sua vez, dependerá da configuração institucional do processo decisório interno do tribunal vigente.

Como se formam, fora do tribunal, essas percepções sobre a probabilidade, direção e intensidade de decisões judiciais futuras? Decisões passadas são um *proxy* importante das preferências de uma dada composição da corte.¹⁰ Contudo, embora o poder de *decidir* seja a expressão prototípica do poder judicial, decisões judiciais formais nos dão uma visão incompleta de como tribunais e juízes influenciam a política. Se é verdade que a simples ameaça de uma decisão judicial futura pode ser suficiente para moldar o comportamento de atores fora do tribunal, qualquer mecanismo pelo qual um juiz ou tribunal module a percepção desses atores já pode influenciar seu comportamento. É preciso levar em conta, portanto, o poder de *sinalizar*, fornecendo informações sobre o que esperar de decisões futuras. Da mesma forma, qualquer mecanismo que torne mais ou menos provável que o tribunal de fato decida uma questão também afetará, indiretamente, o *status quo* legislativo e o comportamento dos atores políticos. Ou seja, é preciso levar em conta o poder de *definir a agenda*.

Sinalizações sobre decisões judiciais futuras mudam os custos esperados de determinados cursos de ação, alterando cálculos e comportamentos, por diversos meios formais e informais. A manifestação mais clara e extrema do poder de sinalização seria uma mensagem oficial pública do tribunal, antes que um conflito surja, já antecipando a posição que tomará se e quando provocado. Mas há variações mais sutis. A fala de um ministro em uma palestra ou entrevista, oficial ou não, pode ser interpretada como expressão de simpatia por uma determinada posição, encorajando ou desencorajando o ajuizamento de certos tipos de ação e o uso de certos tipos de argumento.¹¹ O discurso oficial do presidente do tribunal, ou mesmo um comentário lateral

⁸ A possibilidade de o tribunal ser mais ou menos deferente à maioria dependerá, além das distâncias das preferências dos juízes em relação à maioria, do grau de independência para agir em relação aos demais atores políticos. Isso pode levar a um ajuste ou adaptação da atuação do próprio tribunal e sua decisão estaria em algum ponto de interseção entre suas próprias preferências e as dos atores da maioria. Ver Stone Sweet, 2000.

⁹ Ver Epstein e Jacobi, 2010; Epstein, Knight e Martin, 2001. Para uma discussão sobre o caso do STF, ver Ribeiro e Arguelhes, 2013.

¹⁰ Stone Sweet, 2000.

¹¹ Para alguns de muitos exemplos possíveis, em variados contextos, ver as reportagens: “‘Meu Deus do céu! Essa é a nossa alternativa de poder’, diz ministro do STF sobre PMDB”, Estado de São Paulo, 31 de março de 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,meu-deus-do-ceu-essa-e-a-nossa-alternativa-de-poder--diz-ministro-do-stf-sobre-pmdb,10000024095>. “Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de ‘laboratório do PT’”. G1, 03 de abril de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/gilmar-mendes-chama-tribunal-superior-do-trabalho-de-laboratorio-do-pt.ghtml>; “Impeachment foi ‘tropeço da democracia’, diz Lewandowski”. Folha de São Paulo, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/09/1817948-impeachment-foi-tropeco-da-democracia-diz-lewandowski.shtml>.

feito a jornalistas após uma sessão, pode indicar insatisfação e resistência judicial futura com o desenrolar de algum plano de ação no Congresso.¹² Essas formas de sinalização têm pesos e alcances distintos, mas, em alguma medida, sempre tomam de emprestado a autoridade da decisão futura para informar (e influenciar) os cálculos dos atores políticos hoje.

O poder de *definir a agenda* envolve escolher quando julgar um dado tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos.¹³ No direito constitucional comparado, a discussão sobre mecanismos de controle de *timing* tem enfatizado, sobretudo, os mecanismos *formais* pelos quais tribunais escolhem que casos julgar (e, com isso, indiretamente determinam quando determinadas questões serão decididas).¹⁴ Entretanto, independentemente desses poderes formais, a variável que mais afeta a liberdade de o tribunal formar sua agenda é, na prática, se o tribunal está ou não obrigado a decidir (ou, no mínimo, a decidir se decide, como no caso da Suprema Corte dos EUA) dentro de um determinado prazo. Se essa obrigação não existe ou não vincula o tribunal na prática, possuir ou não o poder formal de rejeitar casos se torna pouco relevante.¹⁵ Afinal, um tribunal sem prazo sequer para decidir se decide pode simplesmente permanecer em silêncio – às vezes durante anos – sobre uma questão inconveniente, mesmo sem poder formalmente dizer que não a decidirá.¹⁶

Quaisquer que sejam os mecanismos utilizados pelo tribunal para definir o que decidirá, modular o *timing* de uma decisão pode afetar o seu próprio resultado de ao menos três maneiras não excludentes: (1) alterando o contexto político de tomada de decisão e, com isso, a probabilidade de reação ou retaliação por parte de partes derrotadas; (2) interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, fazendo com que uma composição diferente (possivelmente com preferências diferentes) venha a decidir a questão; (3) por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando assim os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos.

¹² Arguelhes & Ribeiro, 2015; Davis, 2011. Em diversos estudos de *judicial politics*, a imprensa é tipicamente vista como uma arena na qual a *instituição* tem oportunidades para fortalecer sua legitimidade e aumentar os custos de retaliação ou desobediência por parte de outras instituições (p.ex., Staton, 2010). Ou seja, assume-se que a instituição age coletivamente e que seus membros compartilham dos mesmos objetivos quando se trata de preservar e aumentar a autoridade do tribunal.

¹³ Assumimos que, assim como políticos, e independentemente das muitas diferenças entre o comportamento desses atores, juízes são também atores estratégicos, que modularão sua posição ideal sobre um dado tema a partir de informações sobre o comportamento futuro (incluindo retaliações) de atores políticos com relação a suas decisões. Essa premissa tem implicações também para a formação da agenda do tribunal, e escolher os casos certos para o momento político certo é decisivo para o desenvolvimento e manutenção do poder de tribunais constitucionais. Ver Shvetsova, Epstein & Knight, 2001; Ginsburg, 2003; Fontana, 2011.

¹⁴ Fontana, 2011. Entretanto, mesmo tribunais que não possuem controle discricionário sobre quais casos julgarão (“docket control”) tenderão a desenvolver algum tipo de mecanismo ou estratégia indireta para evitar se pronunciar sobre questões difíceis em momentos inconvenientes ou perigosos. Ver Ferreres Comella, 2004.

¹⁵ Ver Arguelhes & Hartmann (2017) para uma interpretação possível do STF como um tribunal desse tipo.

¹⁶ Nessa completa ausência de prazo para a tomada de decisão, surgem inevitáveis suspeitas e críticas quanto aos reais critérios utilizados pelo tribunal e seus membros para selecionar quais casos serão de fato decididos. Ver, p.ex., Dimoulis e Lunardi (2015); Arguelhes (2016).

Para além dos seus efeitos sobre o conteúdo da decisão futura, porém, e independentemente dela, mecanismos de definição de agenda podem afetar o comportamento de atores políticos. Podem sinalizar a (falta de) disposição do tribunal em decidir sobre um determinado assunto, mantendo o *status quo* inalterado apesar dos protestos de uma minoria política. É nessa perspectiva – do seu impacto tanto sobre a substância da decisão futura, quanto nos cálculos de atores fora do tribunal – que equiparamos o poder de definir a agenda ao poder de decidir.

1.2 Alocação interna, efeitos externos

Na perspectiva ampliada que propomos, portanto, os desenhos institucionais de tribunais diferentes incluirão variados mecanismos para *decidir, sinalizar e definir agenda*. Também é preciso considerar de forma ampliada, porém, não apenas o tipo de poder a ser alocado, mas a própria forma de alocação dentro do tribunal. Tipicamente, assumimos que o exercício do poder judicial será de alguma forma resultado de uma ação *do tribunal*, formada por algum tipo de mecanismo de agregação que filtrará as posições individuais de cada membro até que se produza a posição *da instituição* ou, no mínimo, *da maioria* de seus membros. Essa premissa, porém, não reflete a diversidade de arranjos possíveis na prática, como o caso do Brasil ilustra bem. Em particular, o que ocorre quando poderes de decisão, agenda e sinalização são alocados a ministros individuais, permitindo que atuem sozinhos no processo decisório fora do tribunal?¹⁷

Os poderes de agenda, decisão e sinalização podem ser alocados de maneiras *coletivas, individuais centralizadas e individuais descentralizadas*. Alocações coletivas colocam uma votação majoritária de algum tipo como condição necessária e suficiente para deflagrar um dos poderes mencionados acima. Alocações individuais, em contraste, dependem da ação de um único ministro. Quando essa ação está restrita a um ministro em uma posição institucional específica, falamos em uma ação individual *centralizada*. Essa centralização ocorre em torno de funções que apenas um ministro pode ocupar dentro do tribunal de cada vez – por exemplo, decano ou presidente do tribunal ou de uma de suas turmas. Por outro lado, quando esse poder pode, em princípio, ser exercido por qualquer ministro, falamos em alocação individual *descentralizada*. São descentralizados os poderes disponíveis, em princípio, aos ministros pela simples condição de ministros, ainda que, em processos específicos, o exercício desse poder seja exclusivo de um ministro (como é o caso dos poderes do relator do processo). Distinguições adicionais poderiam ser feitas, mas a diferença-chave entre as duas grandes categorias que propomos – alocações centralizadas ou descentralizadas – é que apenas a primeira se refere a uma posição institucional que um ministro ocupa formalmente *no tribunal*, e não apenas para este ou aquele processo.¹⁸

¹⁷ Sem chegar a explorar as maneiras pelas quais esses poderes podem equivaler a decisões, Graber (2013) criticou recentemente a pouca ênfase dada à ação ou ao comportamento de juízes individuais nas análises sobre cortes supremas, mesmo quando esses juízes exercem algum tipo de poder de agenda ou de veto por sua posição institucional (por exemplo, como presidentes do tribunal).

¹⁸ Alocações descentralizadas poderiam ser ainda divididas em *exclusivas* (o exercício do poder por um ministro exclui o seu uso por outros – por exemplo, no Supremo, só o relator pode exercer certos poderes, embora qualquer ministro possa, em princípio, ser o relator em um dado processo) ou *concomitantes* (todos os membros do tribunal podem, em qualquer processo, lançar mão desse poder; é o caso, por exemplo, do poder de pedir vista no Supremo Tribunal Federal).

Essas variações internas podem produzir diferentes efeitos externos. Em trabalho anterior, analisamos algumas situações nas quais, no caso do Supremo, um único ministro pode atuar “carregando” e antecipando, com efeitos imediatos, a autoridade da decisão futura do tribunal.¹⁹ Assim como há variação nos poderes disponíveis aos colegiados do STF, dependendo do tipo de questão a ser judicializada (p.ex., quem tem legitimidade ativa para provocar a jurisdição do tribunal, ou quais os efeitos da decisão do tribunal ao final do processo), é possível que certos poderes sejam alocados de formas diferentes, dependendo do tema e/ou do tipo de processo. Para além do processo decisório interno do tribunal, a complexidade desses arranjos cria oportunidades para ação individual sobre a política. No limite, como veremos a seguir, certas alocações internas acabam permitindo que as preferências de um único ministro moldem o processo político, na prática, com o mesmo peso institucional do tribunal.

2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA SOMA DE INDIVÍDUOS PODEROSOS?

A Constituição de 1988 desenhou um STF poderoso. Com amplos canais de acesso à jurisdição constitucional por parte de uma série de atores políticos e sociais, somados a uma longa lista de competências, é muito provável que o tribunal tenha a chance de se manifestar, talvez até em tempo real, sobre qualquer tema recém-aprovado ou na ordem do dia no Congresso. Além disso, generosas garantias de independência individuais e institucionais tornam muito alto o custo para retaliar decisões do tribunal. Por cima desse desenho original, sucessivas gerações de ministros vêm expandindo, por interpretações às vezes controversas, o alcance desses poderes e dessas garantias. Por fim, um texto constitucional bastante extenso, combinando tanto cláusulas vagas com conteúdo moral e uma série de regulações detalhadas e pontuais de vários aspectos da administração pública e das relações entre cidadão e Estado, encoraja a judicialização e dá aos ministros parâmetros bastante ampliados de atuação. Esses fatos sobre o STF são bastante conhecidos.²⁰ Mas como diferentes recursos para influenciar o comportamento de atores políticos, nos termos deste artigo, são alocados dentro do Supremo?²¹

2.1. Definição de agenda

Os poderes de agenda estão fragmentados e distribuídos em níveis individuais distintos. Um caso só pode ser de fato julgado por uma das turmas ou levado para o plenário para decisão após (i) o relator ter liberado o caso para julgamento e (ii) o presidente do tribunal ter incluído o caso em pauta; dentre esses dois mecanismos, o primeiro expressa um poder individual descentralizado,

¹⁹ Arguelhes & Ribeiro, 2015.

²⁰ Ver Arguelhes & Ribeiro, 2016, para uma discussão mais detalhada destas dimensões.

²¹ Em princípio, todas as dimensões descritas nesse parágrafo poderiam variar também quanto aos ministros individualmente considerados: quem acessa sua jurisdição individual, que mecanismos têm para exercer poder e quais garantias possuem contra retaliação.

e o segundo expressa um poder individual centralizado na figura institucional do presidente.²² Contudo, mesmo após esses dois mecanismos convergirem para iniciar um julgamento, cada ministro do Supremo tem, na prática, um poder de veto sobre a agenda, que pode ser acionado a qualquer momento após o voto do relator: os pedidos de vista.²³ Formalmente, pedidos de vista ocorrem para que o ministro estude os autos do processo em detalhes e, segundo o regimento, estão sujeitos a um prazo que já foi de quase um mês e, hoje, é de cerca de duas semanas. Contudo, na média, os casos ficam mais de um ano com os ministros – alguns chegam a ficar mais de uma década. Esses longos atrasos não produzem consequência negativa visível para os ministros. Mesmo em casos de grande visibilidade, há registros de pedidos de vista usados para adiar uma decisão inclusive quando já havia maioria formada *contra* quem pediu a vista.²⁴

Na prática, portanto, para que possa haver uma decisão, é preciso que (i) o relator libere o caso, (ii) o presidente inclua o caso em pauta e (iii) nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento. Cada um desses diferentes mecanismos de poder de agenda é, na prática ainda que não na teoria, discricionário.²⁵ Qualquer um desses atores pode resolver, por qualquer motivo, impedir que o tribunal tome uma decisão. Como ocorre com qualquer outro exercício de poder judicial, certas variáveis informais podem limitar o uso desses poderes – crenças profissionais internalizadas sobre o papel dos juizes no colegiado, pressão dos pares, críticas da comunidade profissional ou da imprensa.²⁶ Esses possíveis limites ainda não foram sistematicamente estudados. Quaisquer que sejam, porém, não têm sido capazes de limitar o controle individual de agenda em casos de alta repercussão. Vale notar ainda que, devido ao vasto número de casos que o Supremo recebe e julga a cada ano, a comunidade profissional, a imprensa e os próprios colegas de tribunal só conseguem acompanhar um conjunto muito limitado de usos de poderes individuais de agenda.

A ausência de prazos vinculantes para o uso desses poderes de agenda os transforma em eficazes mecanismos individuais de interferência no *status quo*, encorajando e viabilizando comportamentos políticos que dependem da manutenção ou alteração desse estado de coisas.²⁷ Considere, por exemplo, as ações propostas por Dilma Rousseff, durante e depois do seu impeachment, contestando diretamente a constitucionalidade de seu julgamento pelo Senado.²⁸ Rousseff foi oficialmente removida em 31 de agosto de 2016, e, no momento de elaboração deste artigo, essas ações sequer foram liberadas

²² Ver, p.ex, art. 21, X, e art. 128, § 2º, RISTF. Ver Dimoulis e Lunardi, 2008.

²³ Ver, p.ex., art. 134, RISTF.

²⁴ Arguelhes e Hartmann, 2017, para uma análise detalhada dos pedidos de vista como influência individual sobre a agenda do STF.

²⁵ Dimoulis e Lunardi, 2008, 2015; Veríssimo, 2008; Arguelhes e Hartmann, 2017.

²⁶ P.ex., Falcão (2013) narra como o acompanhamento da imprensa influenciou a decisão, do relator e do presidente, de iniciar o julgamento da Ação Penal n. 470 (o “Mensalão”) em 2012.

²⁷ Ver Falcão, Hartmann e Chaves, 2014, para dados sobre duração média dos processos no Supremo.

²⁸ MS 34193-16; MS 34371-16; e MS 34441-16.

para pauta por seus respectivos relatores. Enquanto isso, a política se consolidou sobre o fato do impeachment: eleições municipais ocorreram, emendas constitucionais de alto impacto foram propostas pelo presidente Temer e aprovadas pelo Congresso, e até um novo ministro do STF foi indicado e nomeado por um governo que permaneceria, em tese, *sub judice* no tribunal. Mesmo assumindo, realisticamente, que seria improvável que uma maioria no Supremo anulasse o julgamento após o Senado ter removido Dilma do cargo, o completo silêncio judicial transformou o improvável em princípio em impossível na prática. O silêncio judicial por controle negativo de agenda poupa os ministros de tomar uma decisão que seria polêmica qualquer que fosse seu conteúdo. E, no STF, o poder de impor esse silêncio está totalmente disseminado, de variadas maneiras, pelos onze ministros.

2.2. Sinalização de preferências

A legislação brasileira restringe severamente manifestações públicas de juízes, sobretudo quanto a casos pendentes de julgamento pelo tribunal ou críticas a decisões de outros magistrados.²⁹ No âmbito do Supremo, porém, o cenário é outro. Vários ministros se pronunciam com frequência sobre casos pendentes – e alguns criticam abertamente seus colegas, sem que isso acione qualquer limite ou mecanismo de responsabilização.³⁰ Em 2013, por exemplo, enquanto uma proposta de emenda que limitaria os poderes do Supremo no controle de constitucionalidade (PEC 33/2011) voltou a tramitar no Congresso, quatro ministros se pronunciaram na imprensa sobre o tema. Dos três que criticaram diretamente a proposta, dois chegaram a afirmar que uma emenda desse tipo seria inconstitucional – uma questão jurídica que esses ministros invariavelmente enfrentariam, no futuro, se a eventual emenda fosse aprovada.³¹ A PEC 33/2011 logo perdeu fôlego³². A sinalização dos três ministros certamente não é o único fator a explicar esse resultado, mas certamente contribuiu para o cálculo dos políticos quanto à probabilidade, direção e intensidade de uma intervenção futura do Supremo.

²⁹ Art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura (“LOMAN”, Lei Complementar nº 35/79).

³⁰ Exploramos em mais detalhes essa questão em outro trabalho (Arguelhes e Ribeiro, 2015). De lá para cá, o fenômeno parece ter se intensificado. Recentemente, por exemplo, o ministro Gilmar Mendes fez severas críticas na imprensa a uma liminar do ministro Marco Aurélio e à própria pessoa do ministro (p. ex, Eliane Cantanhede, “Gilmar: liminar foi ilegal”, *Estado de São Paulo*, 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/eliane-cantanhede/gilmar-liminar-foi-ilegal/>).

³¹ Os dois ministros nesse caso foram Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Ver Arguelhes e Ribeiro, 2015, e Pereira, 2014.

³² Nesse exemplo específico, essas manifestações e pré-julgamentos fora dos autos poderiam, talvez, ser mais compreensíveis pelo fato de a PEC 33/2011 envolver a autoridade do próprio tribunal. Do ponto de vista descritivo, porém, o caso mostra com clareza a viabilidade e o potencial efeito de manifestações individuais de ministros sobre temas que o tribunal ainda terá de julgar. Além disso, essas manifestações vêm ocorrendo para além de discussões envolvendo os poderes ou à autoridade do tribunal, abrangendo conflitos de terceiros que o tribunal precisaria arbitrar no futuro. Devemos a Rogério Arantes essa observação.

As sinalizações dos ministros podem ter pesos distintos. Alguns ministros têm mais habilidade para escolher os veículos, as palavras e o *timing* adequados para maximizar o efeito de suas palavras. Outros, talvez por uso excessivo de sinalização, podem ver diminuída a credibilidade de suas palavras-ameaças. E ainda outros, por sua posição institucional – por exemplo, relatores de processos específicos ou o próprio presidente do tribunal – podem atrair mais atenção do público do que seus colegas. O presidente do Supremo, por exemplo, tem algumas prerrogativas individuais centralizadas de sinalização (p. ex., nos discursos de abertura do ano judiciário e em outras manifestações oficiais), além de um capital de atenção pública atrelado ao cargo e um grande poder de agenda para fazer valer suas ameaças.

Contudo, de forma geral, é tão frequente e aparentemente pouco custoso para os outros ministros falar na imprensa sobre casos pendentes que podemos considerar que o poder de sinalização é alocado de forma descentralizada a todos os membros do tribunal. Como não houve, até hoje, qualquer tentativa relevante de disciplinar esse comportamento e torná-lo mais centralizado na figura do presidente ou de manifestações colegiadas, ocorre algo similar ao que observamos no caso do poder de agenda: trata-se de um poder discricionário, à disposição de todos os ministros, sujeito basicamente a estilos, inclinações, estratégias e cautelas (ou ousadias) individuais.³³

2.3. Tomada de decisão

Em várias espécies processuais, de mandados de segurança a ações diretas de inconstitucionalidade, ministros relatores podem decidir liminar e monocraticamente certas questões, podendo inclusive suspender a aplicação de leis, atos normativos, ou decisões internas do Congresso Nacional.³⁴ Essas decisões, porém, não são geralmente vistas como um verdadeiro poder de atuar individualmente sobre a política, por dois motivos: (1) não abrangeriam, tecnicamente, o mérito do caso, mas apenas providências provisórias urgentes, em hipóteses excepcionais previstas na legislação; (2) o seu exercício está limitado pela supervisão do plenário, e as partes eventualmente prejudicadas por uma liminar monocrática têm recursos para pedir sua revisão por um colegiado. Em trabalho anterior sobre poderes individuais no Supremo, endossamos essa visão reducionista das liminares monocráticas: por depender de confirmação pelo colegiado, este poder não criaria um espaço realmente livre para atuação individual – ao menos não da mesma forma que os pedidos de vista, por exemplo.³⁵

Essa leitura deve ser revista. Mais uma vez, temos aqui um poder que, na prática, é bastante diferente do previsto em tese. Primeiro, a distinção entre decisões *liminares* e *definitivas* (de mérito) não se sustenta em termos

³³ Arguelhes & Ribeiro, 2015; Falcão e Arguelhes, 2016. Mesmo quando não determinam, sozinhas, o comportamento de atores políticos, sinalizações individuais podem fornecer informação decisiva sobre a plausibilidade de certas posições do tribunal na esfera constitucional, encorajando (e às vezes municiando com argumentos) minorias políticas a judicializar questões da conjuntura.

³⁴ Ver, por exemplo, Lei 9.868/99, art. 6º, § 2º, art. 9º, § 3º, art. 10, § 1º, e art. 12, além de RISTF, art.21, IV, e art. 170.

³⁵ Arguelhes & Ribeiro, 2015, p. 146 a 151.

dos seus efeitos sobre o *status quo*. Dados do projeto *Supremo em Números* sobre a duração de decisões liminares no Supremo mostram que elas haviam permanecido em vigor por, em média, mais de dois anos até uma decisão “final” – ou seis anos no caso de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI). Quando consideradas apenas as liminares ainda vigentes ao final de 2013, a média passava de seis anos – e chegava a 13 anos no caso das ADI.³⁶ Nesse cenário, perde muita relevância prática a distinção entre “decisões liminares” e “decisões finais/de mérito” quanto aos seus efeitos sobre a política.³⁷

Segundo, o controle pelo plenário não parece ser realmente eficaz para impedir que as decisões individuais se consolidem como *status quo*. O número de decisões liminares monocráticas, no Supremo, é hoje muito maior do que o número de decisões liminares colegiadas.³⁸ Entre 2010 e 2017, foram 20.830 decisões monocráticas referentes a liminares, excluídas as do presidente, em uma média de 2.603 por ano (cerca de 260 por ministro/ano).³⁹ Considere, em contraste, que, no mesmo período, o plenário e as duas turmas do tribunal tomaram apenas 177 decisões liminares.⁴⁰ Isso é verdade inclusive para o controle concentrado de constitucionalidade – 883 decisões monocráticas liminares, incluindo presidência e vice-presidência, entre 2012 e 2016, com uma média de 80 por ministro/ano. Mais ainda, na última década, mais de 90% de todas as decisões liminares em controle concentrado foram monocráticas.⁴¹

Nesse grande volume de decisões, e considerando o espaço limitado da pauta do STF, não é surpreendente que longos períodos de tempo se passem até que o plenário ou as turmas possam se manifestar sobre liminares monocráticas. Entre 2007 e 2016, passaram-se em média 1.278 dias entre uma decisão liminar monocrática, em controle concentrado, e a primeira oportunidade de manifestação colegiada no mesmo processo.⁴² Considerando-se apenas as decisões *concessivas* de liminares, a média é de 797 dias. Para além do controle concentrado, considerando todas as classes processuais no período de 2012 a 2016, passaram-se em média 617 dias entre a concessão monocrática de uma medida liminar e a primeira oportunidade de apreciação por um colegiado. No mesmo período, nos casos em que a liminar monocrática concessiva foi seguida de uma decisão declarando o julgamento prejudicado, o tempo de vigência da referida liminar foi, na média, de 767 dias.

No desenho institucional em tese, a supervisão pelo plenário seria a melhor aposta de controle desse poder individual. Os ministros individuais seriam agentes do plenário, decidindo com urgência de modo a preservar

³⁶ Falcão, Hartmann & Chaves, 2014.

³⁷ Agradecemos a Ivar Hartmann por nos fornecer esses dados.

³⁸ Para uma discussão geral de vários indicadores, ver Hartmann & Ferreira, 2015.

³⁹ Dados obtidos na seção “Estatísticas do STF” do portal do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decmonocraticas>).

⁴⁰ Dados obtidos na seção “Estatísticas do STF” do portal do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeselegiadas>).

⁴¹ Os dados referentes ao controle concentrado no período de 2012 a 2016 foram obtidos junto ao projeto *Supremo em Números*, com a colaboração de Ivar Hartmann. Ver também Falcão, Hartmann & Chaves, 2014.

⁴² Os dados a seguir foram obtidos junto ao projeto *Supremo em Números* (FGV Direito Rio), com a colaboração de Ivar Hartmann.

a autoridade futura da decisão colegiada, que poderia sempre discordar da liminar e revogá-la. Na prática, porém, pela interação entre poderes de agenda e poderes de decisão, a supervisão do plenário acaba se tornando opcional. O relator do processo pode impedir que sua liminar seja liberada para apreciação pelo colegiado. Mesmo quando a parte prejudicada recorre da liminar, o relator da liminar atacada também controla quando esse recurso estará liberado para decisão do plenário – a quem caberia, em tese, controlar sua atuação individual.⁴³ Ao manter o caso fora da apreciação do plenário, o relator que deu a liminar individual pode impedir qualquer risco de revogação, seja diretamente (bloqueando a possibilidade de decisão, *evitando* o plenário) ou indiretamente (criando fatos consumados que aumentarão muito os custos de reverter sua liminar, *emparedando* o plenário).⁴⁴

Considere, por exemplo, a liminar monocrática pela qual o ministro Fux suspendeu e mandou à Câmara dos Deputados, em 14 de dezembro de 2016, o pacote legislativo das “10 medidas contra a corrupção”, que havia acabado de chegar ao Senado. Recorrendo a argumentos inéditos, sem precedentes na jurisprudência do STF sobre processo legislativo, Fux determinou aos presidentes das casas do Congresso que desconsiderassem a tramitação e as votações que haviam ocorrido até ali, para que o processo legislativo pudesse ocorrer, desde o início, de forma a respeitar a “essência” da proposta de iniciativa popular. Em 16 de fevereiro de 2016, após os dois meses de recesso e de vigência da liminar, o presidente do Senado devolveu o projeto de lei à Câmara. Pouco tempo depois, Fux extinguiu o processo por considerar que o retorno do projeto à Câmara era suficiente para remediar o que havia considerado violações ao processo legislativo previsto na Constituição. Por liminar monocrática em mandado de segurança, portanto, um ministro anulou *toda* a tramitação de um projeto de lei na Câmara e fez o processo recomeçar do zero; algo que já seria inédito na jurisprudência constitucional *com uma decisão colegiada* foi feito sem qualquer participação relevante do plenário.

Situação semelhante ocorreu com a controversa liminar do ministro Gilmar Mendes suspendendo a nomeação do ex-presidente Lula como ministro de Dilma Rousseff.⁴⁵ Nas três semanas (18 de março a 07 de abril) que se passaram até que ele liberasse a questão para julgamento, Dilma já havia sido suspensa provisoriamente do cargo, ficando prejudicada a questão. Por uma liminar monocrática, portanto, um ministro anulou a nomeação de um ministro de Estado, em um momento crítico para o destino do governo Dilma. O plenário não se pronunciará sobre questão tão decisiva para os rumos do país e para o direito constitucional brasileiro – tudo que temos é a decisão liminar de Gilmar Mendes.⁴⁶

⁴³ Ver, p. ex., RISTF, art. 21, IV, e art. 315.

⁴⁴ Ver Arguelhes e Ribeiro, 2017, para uma discussão mais detalhada e mais exemplos. Vale notar que, mesmo que o relator decida liberar o processo para julgamento, o plenário do STF tem recursos escassos para dar conta de todas as decisões individuais que precisariam ser monitoradas. Em reportagem recente, Felipe Recondo apurou que, no final de 2017, havia 800 processos na fila de julgamento do plenário do Supremo, sendo que, ao longo das 81 sessões daquele ano, o tribunal só havia conseguido julgar 108 casos (Recondo, 2017).

⁴⁵ Ver Medina e Almeida, 2016.

⁴⁶ Ver Pereira, 2017.

Ministro decide individualmente, e ministro decide individualmente se e quando poderá haver decisão colegiada sobre sua decisão individual: esse *loop* entre poder de agenda e poder de decisão individual tem sido decisivo para entender a atuação do STF na política brasileira, muito além das situações “excepcionais” previstas na legislação. Monocraticamente, Marco Aurélio determinou que o presidente da Câmara reconsiderasse seu arquivamento de um pedido de impeachment contra o então interino presidente Temer.⁴⁷ Monocraticamente, Fux determinou o pagamento de auxílio-moradia para a magistratura brasileira – um incremento salarial de legalidade questionável.⁴⁸ Essas não são questões politicamente menores, nem casos em que claramente há um direito individual a sofrer danos irreparáveis. O que quer que a legislação diga sobre como esses poderes deveriam ser usados, o fato é que os ministros têm conseguido neutralizar os próprios mecanismos de controle pelos quais a maioria do tribunal eventualmente faria valer os critérios legais.

Assim, liminares monocráticas – justificadas em princípio como um mecanismo para *garantir a autoridade futura da decisão do plenário* – podem ser utilizadas no sentido oposto, para neutralizar o controle do plenário sobre uma ação estritamente individual que, hoje, produz efeitos no mundo, tomando para si a autoridade da decisão futura que talvez nunca chegue. Na prática, esse *loop* permite aos ministros realizar o que podemos chamar de “*judicial review* individual”, bloqueando iniciativas políticas, ainda que amplamente majoritárias, sem que a supervisão do plenário ou mesmo outros limites previstos na legislação impeçam essa atuação individual. Há diversos exemplos visíveis na última década, além dos casos mencionados acima, de liminares individuais de grande impacto político que não foram levadas ao plenário ao longo de meses e anos.⁴⁹

3. A “MINISTROCRACIA” E SUAS IMPLICAÇÕES: “SUPER-CONTRAMAJORITARISMO”, CONTINGÊNCIA E CAPTURA

Neste trabalho, não temos a pretensão de testar hipóteses empíricas específicas. Nosso objetivo é formular uma interpretação mais geral das formas e mecanismos de atuação do Supremo na política nacional, reconstruindo-o como um tribunal intensamente poroso à ação individual direta de seus ministros

⁴⁷ MS 34.087. A liminar foi dada em 5 de abril de 2016 e liberada pelo relator para julgamento em 17 de maio (ver SCOCUGLIA, Livia. Marco Aurélio libera para julgamento pedido de impeachment de Temer. *Jota*, 17 de maio de 2017). Até o momento da entrega deste artigo, o STF ainda não havia se pronunciado sobre essa liminar.

⁴⁸ Desde que Fux tomou sua decisão (AO nº 1.773) em 2014, cada juiz brasileiro tem recebido um adicional de aproximadamente 4.300 reais. De acordo com uma estimativa, o custo total desses pagamentos para o orçamento federal chegou a 289 milhões de reais por ano (“Barroso libera para julgamento o fim do auxílio-moradia”, *Jota*, 14 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/barroso-libera-para-julgamento-o-fim-auxilio-moradia-para-juizes-14112016>). Em dezembro de 2017, mais de três anos após sua liminar individual, Fux liberou o processo para julgamento pelo plenário.

⁴⁹ Criticando o “ativismo arbitrário” dos ministros do Supremo, Dimoulis e Lunardi (2016) apontam como exemplos a liminar monocrática da Ministra Carmen Lúcia suspendendo as novas regras legislativas quanto aos *royalties* do petróleo em 2013, e a liminar monocrática do ministro Joaquim Barbosa, então presidente do STF, suspendendo emenda constitucional que criou novos Tribunais Regionais Federais. Ambas as liminares ainda não foram apreciadas pelo plenário do STF.

sobre o *status quo* legislativo. Sem dúvida, ainda há muito a ser investigado empiricamente sobre o comportamento dos ministros, e sua combinação em decisões colegiadas, no uso desses poderes. As evidências disponíveis, porém, são mais do que suficientes para nossos fins. De fato, de um lado, ministros do Supremo conseguiram decidir individualmente casos da magnitude política dos exemplos dados acima, sem qualquer controle ou retaliação relevante pelo plenário. De outro, há um grande número de liminares individuais que permanecem por meses e anos sem apreciação do plenário – o que indica que seu uso parece ser frequente, para além dos casos mais visíveis. Entre essas duas constatações, o ônus da prova deve caber a quem afirma que esse poder decisório individual não seria relevante. Se ministros individuais moldaram o *status quo* legislativo mesmo em casos tão sensíveis politicamente, é difícil imaginar que eles estariam mais limitados, em sua atuação, nas centenas de outras liminares que decidem por ano sobre temas mais distantes da pauta e da atenção nacionais.

No início de 2017, houve um período de particular visibilidade dessa estrutura profunda do tribunal. De janeiro a fevereiro, o país ficou às voltas com as implicações políticas da morte do ministro Teori Zavascki. A primeira, mais específica, dizia respeito a como seria escolhido o novo relator dos processos relativos à Operação Lava Jato, posição que Zavascki ocupava. A segunda, mais geral, envolvia quem o presidente Temer indicaria para a vaga no STF. A incerteza gerada por esses dois pontos ilustra bem os problemas descritos nesse trabalho. De um lado, parecia que o destino da Operação Lava Jato dependeria, em larga medida, da definição de quem seria o novo relator do processo. De outro, a vaga aberta carregava consigo a clara possibilidade de impactos de curto prazo sobre a conjuntura política. Pedidos de vista, relatorias estratégicas para o governo, manifestações na imprensa em momentos-chave: para a Lava Jato, o perigo da definição do relator é enorme; para o governo, a utilidade de uma única indicação para o STF é incalculável.

Embora alguns ministros sejam particularmente agressivos no uso desses mecanismos de ação individual, esses problemas não surgem pelo comportamento excepcional deste ou daquele ministro. Ao contrário, o desenho e a prática do STF libertam o comportamento individual e ampliam o seu alcance, de maneiras que provavelmente continuarão por muito tempo, mesmo após mudanças na composição atual. Alguns meses após ter sido confirmado na vaga de Teori Zavascki, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista em um processo envolvendo uma reinterpretação restritiva das hipóteses de foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”) na Constituição.⁵⁰ O pedido de vista surgiu em um contexto de crescentes avanços da Operação Lava Jato sobre lideranças políticas da maioria no Congresso e integrantes do alto escalão do governo Temer. Moraes manteve o processo consigo por cerca de três meses – um período relativamente curto considerando a duração média de pedidos de vista, mas bastante significativo no contexto da crise política atual no Brasil. Moraes, como qualquer outro ministro, possui meios de adiar,

⁵⁰ Ver Redação O Globo, “Moraes pede vista em julgamento do STF que discute foro privilegiado”, *O Globo*, 01 de junho de 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moraes-pede-vista-em-julgamento-do-stf-que-discute-foro-privilegiado-21423765>.

individualmente, uma decisão do tribunal sobre este tema. De fato, tão logo o plenário voltou a discutir a questão, em novembro de 2017, o ministro Toffoli pediu vista, suspendendo novamente o julgamento.

Diante de seus ministros, portanto, o Supremo não parece tão supremo assim. Mostramos que o STF aloca de maneira individual e descentralizada uma série de poderes individuais de agenda, de sinalização e mesmo de decisão formal. A experiência brasileira recente, envolvendo alguns dos mais importantes conflitos políticos que já chegaram ao STF desde a redemocratização, sugere que o uso dos poderes depende muito mais da virtude individual do que de mecanismos institucionais de controle. E, enquanto o plenário não se pronuncia sobre essas ações individuais mais ou menos virtuosas, ministros solitários mudam o *status quo* e moldam a política nacional. Este cenário está em conflito direto com algumas das categorias que tipicamente usamos para pensar o papel do STF na democracia brasileira. Nesta última seção, exploraremos algumas dessas tensões e implicações.

Tribunais constitucionais são tipicamente justificados a partir de dois grandes argumentos: (a) a proteção de minorias contra possíveis tiranias da maioria (atuação contramajoritária); e (b) a promoção de estabilidade das regras do jogo. A primeira fundamentação é substantiva: o tribunal desempenha um papel específico de interpretar as divergências a respeito do significado dos direitos fundamentais constitucionalizados, dificultando sua violação por majorias legislativas e governos eleitos. A segunda é procedimental: o tribunal constitucional aumenta os custos de alteração *ad hoc* das regras do processo decisório, conferindo maior segurança aos atores políticos e sociais. Em ambos os casos, o tribunal promove esses objetivos de maneira semelhante a outros mecanismos institucionais como bicameralismo, vetos presidenciais, regras para obstrução do processo legislativo e voto de confiança: impedindo que uma “maioria legislativa pura” seja suficiente para alterar o *status quo*. Essas duas dimensões normativas vêm gerando há décadas perguntas empíricas: os tribunais são *de fato* contramajoritários? Em que condições podem *de fato* tornar mais custosa a ação de majorias legislativas?⁵¹

Em análise pioneira da Suprema Corte dos EUA, Robert Dahl (1957) sustentou que a atuação “contramajoritária” do tribunal seria, na verdade, excepcional na prática. Sendo os ministros indicados pelo presidente e sabatinados no Senado, seus posicionamentos sobre diversas questões de justiça não seriam muito diferentes dos posicionamentos da própria elite política. Os poucos exemplos de atuação de fato “contramajoritária” ocorreriam quando a maioria governante tivesse insuficientes oportunidades de indicar ministros para o tribunal, pois, nesse caso, haveria menor congruência entre as preferências dos atores políticos (atuais) e os ministros (indicados por forças políticas do passado). Nessa perspectiva, o tribunal, como instituição, não é necessariamente contramajoritário ou majoritário: sua atuação a favor ou contra o que a maioria governante pretende dependerá do grau de congruência entre suas preferências e as preferências dos demais atores.

O *insight* fundamental de Dahl, para além do caso dos EUA, é a ideia de que as *preferências* da composição do tribunal constitucional, formadas no

⁵¹ Ver Schwartzberg, 2013, e Pasquino, 2014.

processo de indicação de seus membros ao longo do tempo, são variáveis-chave para observar seu comportamento na política. Esse *insight* informa as análises descritivas sobre atuação dos tribunais constitucionais no processo político democrático. Além disso, também é utilizado como um tipo de antídoto – ou, ao menos, calmante – para preocupações excessivas com a “dificuldade contramajoritária”: enquanto presidentes e legisladores eleitos determinarem a composição do tribunal ao longo do tempo, grandes descompassos entre decisões judiciais e preferências majoritárias seriam exceção, e não a regra.⁵²

Contudo, em estudos que adotam a perspectiva de Dahl, a unidade de análise costuma ser o tribunal como ator coletivo. Ministros individuais importam apenas como um voto, em uma dada composição, mas os resultados das decisões judiciais são contingentes às preferências *majoritárias* do próprio tribunal. No limite, um juiz individualmente é relevante somente se sua posição for decisiva para a formação da maioria interna ao tribunal. A palavra do tribunal é contingente por depender do lado para o qual tende o pêndulo da maioria (por exemplo, no caso dos EUA, mais “conservadora” ou mais “liberal”). Essa contingência, porém, é compatível com uma certa estabilidade: cada voto tem o mesmo peso, cada indicação para a corte só altera um voto, e somente uma maioria pode fazer a corte atuar contramajoritariamente.

Entretanto, a possibilidade de ação individual *contra uma maioria interna do tribunal* gera complicações para essa moldura conceitual. De um lado, quando um único ministro se torna suficiente para *impedir* mudanças no *status quo* político, temos na prática um sistema no qual uma única indicação política para o Supremo, mesmo que tenha sido feita há décadas, pode produzir um ponto de veto permanente dentro do tribunal. O relator de um caso pode impedir, indefinidamente, que o tema vá para discussão no plenário; e, caso chegue ao plenário, um único ministro pode pedir vista e bloquear a decisão. A alocação individual descentralizada de poderes de definição de agenda é suficiente para impedir um tribunal de agir contra maiorias legislativas eventuais mesmo quando haveria, naquele momento, uma composição com maioria interna para realizar *judicial review*. Tomando por base as preferências majoritárias do tribunal, teríamos um “falso negativo” no exercício do poder judicial.

De outro lado, quando a ação de um único ministro é suficiente para impedir maiorias legislativas eventuais de aprovar mudanças no *status quo* – seja diretamente, no caso de “*judicial review* individual” pelo relator, seja indiretamente, por meio de ameaças e sinalizações na imprensa – teríamos um “falso positivo” no exercício do poder judicial. Isto é, controle de constitucionalidade sem uma maioria de votos dos membros do tribunal. Este cenário pode ser considerado particularmente problemático em termos da teoria constitucional e da teoria democrática convencionais, já que a atuação judicial seria aqui duplamente contramajoritária – contra a maioria legislativa externa, e contra a maioria judicial interna.⁵³

⁵² Ver, p. ex., Melo (2013).

⁵³ Exploramos mais este ponto, em uma perspectiva de teoria constitucional, em Arguelhes e Ribeiro, 2015, 2018.

Em ambos os cenários, a política constitucional será contingente à preferência do ministro que, para cada processo, para cada disputa levada ao STF, tiver à sua disposição os poderes relevantes para vetar ou implementar mudanças no *status quo*. A contingência seria menor se essas decisões envolvessem casos com respostas consensuais, com pouca variância dentro do próprio STF. Não parece ser o caso, porém, nos exemplos examinados ao longo deste trabalho. Questões juridicamente controversas e politicamente decisivas podem ter resultados completamente diferentes – desde um completo silêncio judicial a um exercício de “*judicial review individual*” – dependendo de quem for o ministro relator, por exemplo. Sem o filtro da maioria, a decisão majoritária ou contramajoritária torna-se mais incerta e imprevisível, e o poder do controle de constitucionalidade fica mais difícil de justificar.

Por fim, em qualquer cenário, esse poder individual descontrolado, combinado com mecanismos de *accountability* individual inoperantes na prática, amplifica alguns dos perigos associados a instituições independentes. Em especial, aumenta-se o risco de captura, da ação de ministros, por grupos de interesse ao redor do tribunal. Embora no Brasil o tema seja discutido de forma sistemática no caso de agências reguladoras e outras instituições independentes, o risco de captura não recebe atenção devida quando se trata de tribunais e em especial do STF. Não há, porém, nenhuma razão para imaginar que o tribunal está imune. Ao contrário, a alocação individual descentralizada de poderes, característica do STF, torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos: qualquer ministro sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto, com frequência, para o próprio exercício de controle de constitucionalidade.

Por trás do poder do STF sobre outras instituições políticas e judiciais do país, portanto, há uma profunda fragmentação interna com graves implicações externas. Ao longo da última década, vem se consolidando uma literatura crítica sobre o individualismo nas deliberações e decisões do tribunal.⁵⁴ Neste trabalho, nosso foco está nos efeitos *para fora* de ações individuais no processo decisório – uma agenda complementar, e não substitutiva, à literatura já existente sobre individualismo nas decisões colegiadas do STF. Ministros individuais, se quiserem, podem moldar resultados na política, especialmente se lhes couber a relatoria do caso. Há pouco que o tribunal pode fazer que, nas condições certas, um ministro individual não possa também conseguir – e, até o momento, parece haver menos ainda que o tribunal coletivo possa fazer quando ministros individuais usurpam da maioria a chance de exercer poder. Se a “supremocracia” tem sido medida em termos de concentração de poder e capacidade de resolver conflitos políticos, é preciso começar a discutir nossa “ministrocracia” nos mesmos termos.

⁵⁴ Ver, p. ex., Vojvodic et al, 2009, Mendes, 2012, 2017, Silva, 2013, 2017, além de estudos empíricos (p. ex., Oliveira, 2012b) e debates recentes (Silva, 2015, 2016, Almeida e Bogossian, 2016) sobre o peso do relator nas deliberações no STF.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D. S.; BOGOSSIAN, A. M. Nos termos do voto do relator: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 264-297, 2016.

ARGUELHES, D. W. STF e Cunha: quem decide quando quer, ouve o que não quer. In FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. (Orgs.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

ARGUELHES, D. W.; HARTMANN, I. A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. *Journal of Law and Courts*, n. 1, p. 105-140, 2017.

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. The Court, it is I? Individual judicial review in the Brazilian Supreme Court and its implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 2, 2018.

_____. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 2, p. 405-440, 2016.

_____. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, 2015.

BROUARD, S; HÖNNIGE, C. Constitutional Courts as veto players: lesson from the United States, France and Germany. *European Journal of Political Research*, v. 56, p. 529-552. 2017.

COMELLA, V. F. The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism. *Texas Law Review*, v. 82, p. 1705-1736, 2004.

DAVIS, R. *Justices and journalists: the U.S. Supreme Court and the media*. Nova York: Cambridge University Press, 2011.

DAHL, R. A. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, v. 6, p. 279, 1957.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. R. G. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 2008, p. 4.357-4.377.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. R. G. A tendência passivista do Supremo. In FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. (Orgs.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington, DC: CQ Press, 1998.

EPSTEIN, L.; JACOBI, T. The strategic analysis of judicial decisions. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 341-358, 2010.

EPSTEIN, L.; KNIGHT, J.; MARTIN, A. D. The Supreme Court as a strategic national policymaker. *Emory Law Journal*, v. 50, p. 538-611, 2001.

EPSTEIN, L.; KNIGHT, J.; SHVETSOVA, O. The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law and Society review*, p. 117-164, 2001.

FALCÃO, J. Direito, mídia e opinião pública. In FALCÃO, J.; COIRO, A. (Orgs.). *Mensalão: diário de um julgamento*. São Paulo: Campus, 2013, p.7-13.

FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.W. O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo – uma retrospectiva de 2015. In FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.; RECONDO, F. (Orgs.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016, p. 21-29.

_____. Onze supremos, todos contra o plenário. In FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.; RECONDO, F. (Orgs.). *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Rio de Janeiro: FGV/Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 20-29.

FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A.; CHAVES, V. P. *3º Relatório Supremo em números: O Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

FONTANA, D. Docket control and the success of constitutional courts. In GINSBURG, T.; DIXON, Rosalind. (Orgs.). *Comparative Constitutional Law*. London: Edward Elgar Publishing, 2011.

GINSBURG, T. *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Nova York: Cambridge University Press, 2003.

GRABER, Mark. The Coming Constitutional Yo-Yo? Elite opinion, polarization, and the direction of judicial decision making. *Howard Law Journal*, v. 56, n. 3, p. 661, 2013.

HARTMANN, I. A.; FERREIRA, L. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015.

MENDES, C. H. “O projeto de uma corte deliberativa” (2012). In VOJVODIC, A.; PINTO, H.M.; SOUZA, R.P. (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. The Supreme Federal Court of Brazil. In JAKAB, A.; DYEVE, A.; ITZCOVICH, G. (Orgs.) *Comparative Constitutional Reasoning*. Cambridge University Press, 2017.

MEDINA, D.; ALMEIDA, E. *A incomum liminar de Gilmar Mendes*. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2016/A-incomum-decis%C3%A3o-liminar-de-Gilmar-Mendes>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

MELO, M. A. Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre emendamento na constituinte à megapolítica. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 97, p. 187-206, 2013.

OLIVEIRA, F. L. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e panelinhas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, 2012a.

_____. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 27, n. 80, p. 89-254, 2012b.

PASQUINO, Pasquale. Majority rules in constitutional democracies. In *Majority Decisions: Principles and Practices*. Cambridge University Press, 2014.

PEREIRA, T. Lula ministro e o silêncio do Supremo. In FALCÃO, J.; ARGUELHES, D.; RECONDO, F. (Orgs.). *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Rio de Janeiro: FGV/Letramento/Casa do Direito, 2017.

RECONDO, F. *Supremo julgou 1,35 processo por sessão em 2017*. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/supremo-julgou-135-processo-por-sessao-em-2017-04012018>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

RIBEIRO, L. M.; ARGUELHES, D. W. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

SCHWARTZBERG, Melissa. *Counting the many: the origins and limits of supermajority rule*. Cambridge University Press, 2013.

STATON, J. K. *Judicial power and strategic communication in Mexico*. Cambridge University Press, 2010.

SWEET, A. S. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford University Press, 2000.

SILVA, V.A. Do we deliberate? If so, how? *European Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 209-240, 2017.

SILVA, V. A. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 648-669, 2016.

_____. Um voto como outro qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015.

_____. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p.557-584, 2013.

TAYLOR, M. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford University Press: 2008.

TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. Princeton University Press, 2002.

VOJVODIC, A.; MACHADO, A. M.; CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: processo decisório e precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009.

VERÍSSIMO, M. P. A Constituição de 1988, Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

WHITTINGTON, K. E. Interpose your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American political science review*, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005.

DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA AO ATIVISMO JUDICIAL: PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA NO ESTADO DE SANTA CATARINA, TORNANDO- OS REALIDADE

Ruy Walter d'Almeida Junior

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Constitucional de FESUDEPERJ e EMERJ.
ruywalter@globocom

Resumo: O Supremo Tribunal Federal vem sendo chamado a concretizar direitos fundamentais pela omissão dos demais poderes da República. Abandonando a autocontenção, como nos casos da greve dos servidores públicos e da Defensoria Pública em Santa Catarina, observa-se a adoção do ativismo judicial, mesmo que por vezes tenha que agir de maneira contramajoritária.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Defensoria Pública. Direito de greve. Ativismo judicial.

Abstract: The Federal Supreme Court has been called to concretize fundamental rights in case of omission of Executive and Legislative branches of power. Leaving the self-restraint, as in the cases of the public servants' strike and the Public Defender's Office in Santa Catarina, one observes the adoption of judicial activism, even though sometimes it has to act in a counter-majoritarian way.

Keywords: Supreme Federal Court. Public defense. Right to strike. Judicial activism.

INTRODUÇÃO

Muitos obstáculos foram ultrapassados para que pudéssemos chegar ao dia 5 de outubro de 1988, precisamente às 16h25. Talvez por conta de desafios de ordem política, possivelmente vencidos, visando à (re)implantação de um regime democrático no Brasil, optamos por positivar uma Constituição analítica, muito embora seu texto traga normas sem conteúdo definido, abertas mesmo, sem mínimo delineamento, apenas enunciando direitos sem a dosagem de qualquer critério de como torná-los viáveis, palpáveis, exercíveis no campo social, prático, real.

Basta analisarmos, ainda que de maneira superficial, as normas reveladoras de direitos fundamentais para entendermos a necessidade de aprofundamento ou, quiçá, de desenvolvimento de políticas públicas para sua realização efetiva, já

que muitos deles não trazem qualquer definição de conteúdo, de destinatário, repartição de competências para prestação, prazos para cumprimento, delimitações, enfim, determinação de critérios para a sua concretização.¹

É certo que a própria Constituição assegura a imediata aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais,² mas nem assim foi capaz de definir *quais* direitos estariam submetidos a essa diretriz, nem mesmo definindo o *conceito* de aplicação imediata. Cuida-se de norma-otimizadora sem delineamento, não tendo o constituinte estabelecido qualquer critério para ajuste dos efeitos da norma constitucional.

Se há, portanto, previsão de que toda norma definidora de direitos fundamentais tem aplicação imediata (e veremos se a afirmativa se aplica a todos os direitos), urge analisarmos se isso é suficiente à efetividade dos intentos constitucionais ou se vai ser necessária participação estatal no processo. Não há dúvida de que a aplicação imediata é norma expressa, mas insta perquirir o seu alcance, os destinatários, o objeto, enfim, o delineamento de sua estrutura normativa como *norma-vetor*. Como conjugar a força normativa desse mandado de otimização com a ausência de cumprimento estatal das necessidades absolutamente esperadas para a plena efetividade das normas definidoras dos direitos e garantias?

Está na natureza dos direitos sociais prestacionais a necessidade de prestação positiva, uma atividade estatal que entregue de maneira geral (leis e atos normativos) e específica (atos concretos) o acesso ao fértil terreno constitucional. Essa atividade estatal elaborada segundo os ditames irradiantes da norma básica funciona como ponte segura de acesso aos direitos lá previstos.

Caberia ao Estado-juiz, além de declarar eventual mora inconstitucional por conta de desídia dos poderes públicos, fazer concretizar, *in casu* ou até mesmo abstratamente, a norma regulamentadora faltante para tornar a norma constitucional efetiva? Como lidar com essa possibilidade diante da *dificuldade contramajoritária* encontrada na estrutura do Poder Judiciário?

A pretensão neste trabalho não é, de nenhuma maneira, esgotar os temas propostos nas indagações supramencionadas, mas sim analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao seu próprio papel na concretização de direitos fundamentais, principalmente por conta de inação do poder público quando chamado a se pronunciar por meio de instrumentos processuais previstos na Constituição e que consequências foram alcançadas com esse agir jurisdicional.

Trataremos de duas situações de direitos com objetos distintos: a impossibilidade de exercício do direito de greve por servidores públicos, apesar de se ter, na espécie, direito de liberdade, de primeira dimensão, conforme norma dos arts. 9º e 37, VII, isso quanto aos servidores públicos, e da falta de acesso ao serviço de assistência jurídica integral aos necessitados do Estado (art. 5º, LXXIV, c/c art. 134 da CF/88), este último social prestacional, situações em que o Pretório Excelso adotou postura diversa da adotada normalmente em sua jurisprudência, até então bastante afeta à autocontenção da função judicante,

¹ Veja-se, por exemplo, o direito à moradia mencionado no art. 6º da CF. O texto constitucional não traz sequer uma pista para delineamento.

² Art. 5º, § 1º, CF: as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata.

também denominada pela doutrina alemã de conformidade funcional, passando a assumir postura possivelmente mais próxima ao que se denomina *ativismo judicial*.

Tentaremos demonstrar por meio de alguns dados empíricos que o STF, ao longo de sua história, vem adotando postura bastante tímida quando chamado a imiscuir-se em atividades de competência do Legislativo e do Executivo, justamente por conta do princípio fundamental da independência e harmonia entre os poderes, ainda que se tenha vislumbrado em algumas situações falta de concretização de direitos fundamentais por ausência, justamente, de comportamento positivo especificado e determinado pela Constituição, e, ao que parece, adotando o entendimento da denominada "Constituição moldura".³

Os limites jurídico-funcionais concernentes à interpretação constitucional pelo Estado-juiz, estudados pela doutrina alemã, tiveram acolhimento na doutrina brasileira e, dentre os princípios de interpretação constitucional clássicos, encontramos alguns que são usualmente utilizados não só pela doutrina brasileira, mas também pela jurisprudência, como os da máxima efetividade, do princípio integrador, da concordância prática, da unidade, da interpretação conforme a Constituição e, principalmente, aquele que vai ser objeto mais de perto de nosso debate, o da conformidade funcional, ou da autocontenção judicial.⁴

Dentre os princípios de interpretação constitucional mencionados, a utilização do princípio da conformidade funcional ou da autocontenção judicial ganha relevo no presente estudo justamente por ser, talvez, a justificativa de que necessitava o Judiciário para evitar imiscuir-se em atividades típicas de outro poder, ou mesmo frear eventual ímpeto ativista de regulamentação, em nome do Legislativo, para concretizar direitos fundamentais.

Ainda que se acolha a tese da possibilidade de o Estado-juiz adotar o ativismo, principalmente diante de injustificável omissão inconstitucional dos poderes públicos, isso se daria porque as funções estatais não funcionam a contento. Algo está fora da ordem natural das coisas para que o Judiciário chegue ao ponto de, no exercício de sua função típica, ter que substituir o Legislativo, adotando a posição concretista genérica nas declarações por omissão ou mesmo a Administração Pública com a análise das escolhas nas políticas públicas. O funcionamento das instituições, ao que parece, não vai bem.

Se é verdade que a jurisprudência do STF vem acolhendo historicamente a autocontenção para justificar sua posição desfavorável ao ativismo judicial ou, pelo menos, no estrito respeito à separação estanque entre as funções estatais sem cogitar arvorar-se inovar em funções que não são de sua competência constitucional, podemos verificar se as medidas adotadas nas questões submetidas a julgamento revelam ou não tendência em se pretender flexibilizar sob um novo olhar e se tal posicionamento judicial foi ou não capaz de conferir efetividade às questões analisadas.

Talvez por isso possa se ter permitido ao STF evoluir na interpretação da Constituição, nesse passo, quanto à calibragem dos limites de suas

³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 5-8.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.306-308.

funções, em recentes julgados que se tornaram emblemáticos com imensa repercussão nos meios jurídico e social, como os relativos à (i) ausência de norma regulamentadora para tornar efetivo o direito fundamental previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal (direito do exercício de greve dos servidores públicos), mediante os Mandados de Injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA; e (ii) falta de regulamentação, no âmbito do Estado de Santa Catarina, da Defensoria Pública do Estado, questão objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.270/SC.

Se é certo, também, que a Constituição da República traz em seu corpo normativo normas que não apenas descrevem obrigações negativas por parte do poder público (direitos de defesa), mas também aquelas que prescrevem direitos a prestações positivas (direitos sociais prestacionais), que normalmente dependem de comportamento positivo estatal e efetiva entrega do objeto do direito para que se tornem realidade, se o poder público (Executivo ou Legislativo, de acordo com a situação) não concretiza tais direitos, inviabilizando o exercício de direitos por seus destinatários últimos, caberia ao Judiciário dar ao menos o pontapé inicial, tornando-os aptos a serem exercidos e efetivados.

Não se trata aqui de substituição do agir dos poderes públicos, mas sim de alerta, antes de mais nada, para que o poder público, até então inerte, cumpra a determinação constitucional ou que, pelo menos, após a medida adotada pelo Estado-juiz, desenvolva atividade suplementar, acrescentando direitos já reconhecidos na decisão judicial, regulamentando devidamente as questões por vezes prescritas de maneira abstrata na Constituição, mas com imensa carga de cogência.

O ideal, sem dúvida, considerando não só a repartição de funções estabelecida na Constituição, mas principalmente a *aptidão para o desenvolvimento de atuações estatais afeta a cada poder*, seria, como ocorre aliás normalmente, que o Judiciário apenas induzisse, no exercício de sua função típica, a adoção de medidas efetivas para a concretização de direitos fundamentais, papel a ser desenvolvido pelos poderes públicos, de acordo com a competência constitucional, em vez de substituí-las. *Induzir a agir* é atividade bastante distinta de substituição de atuação típica.

Já é possível verificar-se no sítio do STF listagem com as decisões nas quais, ao declarar a mora do Poder Legislativo, a matéria ainda pende de regulamentação. Mais uma vez, o Judiciário está a conclamar o legislador ou mesmo o chefe do Executivo, se a matéria for de iniciativa a ele reservada,⁵ a adotar medidas necessárias para a realização dos intentos constitucionais.

Cuida-se aqui de tentativa do “diálogo institucional”.⁶

⁵ O art. 61, § 1º, da Constituição Federal enumera as matérias que são de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo federal, sendo que, segundo jurisprudência do STF, são de reprodução obrigatória nas Cartas Estaduais e nas leis orgânicas municipais. Logo, a mora em muitas situações não é do Legislativo, mas sim do Executivo.

⁶ Em países de tradição parlamentarista, é natural que se tenha certa resistência ao *justice review* e, principalmente, em relação ao fato de o Judiciário “falar por último” em questões constitucionais, como ocorre, por exemplo, no Canadá e na Nova Zelândia. Aqui no Brasil, embora não se adote a resistência encontrada nos países de sistema diverso do adotado no Brasil, principalmente nesta situação específica, a alternativa do diálogo institucional pode servir como prevenção aos possíveis males do ativismo judicial. Entre nós, podemos aceitar a tese de que nos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o STF, concretizando ou não a norma faltante, tenta dialogar com o Poder omissor, chamando a atenção ao fato de que não houve edição de ato cuja competência constitucional está delimitada.

Se a Constituição brasileira tão somente estabelecesse em seu corpo normativo direitos de defesa, que visam objetivamente, pelo menos em sua grande maioria, abstenções estatais, ainda que sob rubrica normativa distinta,⁷ até poderia ser viável o acolhimento da tese de que as funções dos poderes públicos pudessem ser estanques, herméticas, e que seria inviável ao Judiciário imiscuir-se em funções distintas daquelas que lhe foram reservadas. Todavia, como já salientado nesta introdução, além dos citados direitos de defesa, de primeira dimensão, há, ainda, disposição expressa enumerando direitos sociais positivos, cabendo ao Estado não somente prestar o serviço ou entregar a prestação devida, mas também enunciar de maneira eficiente e planejada políticas públicas com o fito de concretizar esses direitos.

A questão é saber, *prima facie*, como considerar dependentes de regulamentação direitos fundamentais previstos na Constituição diante da norma contida no art. 5º, § 1º, considerada pela doutrina verdadeiro mandamento de otimização.

Caso se considere necessária regulamentação por norma infraconstitucional para que somente após sua edição os seus destinatários possam exercer direitos mínimos, e é essa a visão de parte da doutrina e, por décadas, do próprio STF, o que se fazer se tal regulamentação não é editada?

Seria lícito, então, ao STF ser mero expectador diante das injustificadas omissões do poder público e, quando chamado a agir, seja pelo controle de constitucionalidade no caso concreto, via mandado de injunção, ou mesmo em método concentrado, através dos instrumentos processuais disponíveis aos legitimados determinados na Constituição, deixar de desempenhar dignamente sua missão constitucional, omitindo-se perante a omissão, por conta de autocontenção?

Finalmente, verificaremos o resultado prático dessa evolução na jurisprudência do STF no tocante à concretização do direito de greve dos servidores públicos (se já há lei específica após extensão determinada pelo STF em sede de mandado de injunção) e da determinação para a instalação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina (se já há instituição instalada e devidamente ali organizada e com capilarização do serviço prometido pelo constituinte desde 1988).

1. ALCANCE E SIGNIFICADO DA NORMA DO § 1º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS DE DEFESA E SOCIAIS PRESTACIONAIS

Tortuosa a questão acerca do alcance da norma contida no § 1º do art. 5º da Constituição, principalmente no tocante ao seu significado. Torna-se premente, portanto, investigar o alcance dessa norma, principalmente por conta de seu significado. Há, portanto, um *desafio*, que é o de definir o sentido e os limites do que seja eficácia imediata.

⁷ Apesar de se ter normas elencadas no art. 7º da Constituição Federal sob a nomenclatura de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, alguns dos direitos ali enumerados são considerados tipicamente de defesa.

A indagação proposta na introdução quanto a quais direitos estariam submetidos a essa norma do § 1º do art. 5º da Constituição – se apenas os elencados no rol do art. 5º ou se todos os direitos mencionados no Capítulo II da Constituição – é respondida quase de maneira uníssona pela doutrina, que adota posição extensiva, entendendo que a citada norma engloba todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, políticos e os de nacionalidade, até porque o texto constitucional é genérico.⁸⁻⁹

Se a norma do § 1º do art. 5º da Constituição é considerada verdadeiro mandamento de otimização, com força irradiante de seus efeitos sobre as demais normas definidoras de direitos, inclusive em relação àqueles que não estão expressamente dispostos no Título II da Constituição Federal, há exigência de desenvolvimento de ações concretizadoras.¹⁰

Ao contrário do que ocorre, por exemplo, na Constituição portuguesa, na qual há nítida divisão entre dois grupos de direitos fundamentais, sendo o primeiro dedicado aos direitos, liberdades e garantias, que correspondem aos direitos de defesa e, portanto, autoaplicáveis; e os segundos, direitos econômicos, sociais e culturais, despidos de autoaplicabilidade e de proteção contra a investida do poder constituinte reformador, nossa Constituição não diferenciou os direitos de defesa dos direitos sociais e políticos, pondo-os, inclusive, *sob mesmo grau de proteção e de aplicação*.¹¹

Podemos, então, defender a posição de que todos os direitos fundamentais, incluindo os sociais, políticos, de nacionalidade e eleitorais, bem como aqueles que se espriam pela Constituição, estão sob o pálio de incidência do mandado de otimização do art. 5º, § 1º.¹²

Outra questão que merece atenção é aquela que diz respeito à força transformadora da norma contida no art. 5º, § 1º, isto é, se seria ela capaz de transformar todos os direitos fundamentais em normas de aplicabilidade imediata. Ingo Wolfgang Sarlet responde à questão de maneira bastante clara:

No que concerne aos instrumentos processuais referidos, entendemos ser possível advogar o ponto de vista de acordo com o qual a previsão constitucional de institutos da natureza de um mandado de injunção

⁸ Há entendimento minoritário no sentido de que o alcance do § 1º do art. 5º da CF é restrito ao rol dos direitos elencados no próprio artigo, como parecem entender Ricardo Lobo Torres e J. P. Gebran Neto.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo *apud* SARLET, Ingo W. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 254.

¹⁰ O ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do Mandado de Injunção nº 438, entendeu que o direito de greve dos servidores públicos é autoaplicável, sendo desnecessária regulamentação por ato legislativo. Este não foi o entendimento que prevaleceu, mas já serve de base para o entendimento professado. As normas definidoras de direitos e garantias têm aplicação imediata.

¹¹ A Constituição Federal estabelece limitações materiais ao poder de reforma, não admitindo supressão por reforma constitucional de determinadas matérias elencadas de maneira expressa, senão vejamos: “art. 60, § 4º, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direito, secreto, universal e periódico; III – a separação de Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

¹² TORRES, Ricardo Lobo *apud* SARLET, Ingo W. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 254.

contra omissões dos poderes públicos e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não tem, por si só, o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade da aplicabilidade direta e a sua plenitude eficaz, sendo, pelo contrário, justamente uma prova contundente de que existem normas na Constituição que dependem de interposição do legislador, constituindo tal circunstância a própria razão de ser dos instrumentos citados.¹³

Esse entendimento tido por intermediário enfrenta divergência doutrinária tanto para se considerar como autoaplicáveis todas as normas definidoras de direitos fundamentais, inclusive as programáticas, quanto para minorar os efeitos desta irradiação do mandamento de otimização.

Resta claro, portanto, que, apesar de a norma do art. 5º, § 1º, estabelecer aplicação imediata aos direitos fundamentais – a todos os direitos, como já visto –, é da própria natureza de alguns deles (os prestacionais, por exemplo), ou mesmo por específica determinação da própria norma constitucional (direito de greve dos servidores públicos, adotando-se posição de que se trata de norma de eficácia limitada, como o STF), que haja participação dos poderes públicos na concretização de vetores por vezes sem conteúdo objetivo na Constituição.

Saudável, até, a garantia de oportunidade para o poder público concretizar direitos abstratamente previstos na Constituição, demonstrando-se com isso sinal de maturidade institucional. A questão, como já mencionado, é de aptidão para o desenvolvimento de atividades estatais típicas, e a substituição dessas aptidões naturais não deixa de significar patologia no funcionamento das instituições.

É claro que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos nela previstos. Os direitos são concedidos pela própria norma constitucional. Ao órgão legislativo cabe, tão somente, *realizar seu conteúdo*, regulamentando-o de maneira *eficiente*.

Vanice Regina Lírio do Valle, analisando a relação entre os direitos sociais e a prestação jurisdicional, assenta a necessidade de mínimo planejamento da atividade estatal para que se tenha eficiência no agir:

Um sistema destinado à realização progressiva de direito social envolve um programa, que se revista de uma racionalidade, e uma justificável fixação de prioridades; essa há de ser a prestação a ser invocada de parte do Estado (ainda na premissa de estatalidade dos direitos sociais) quando de pretenda a concretização de direitos sociais. No desenho constitucional brasileiro – em que princípios como os da eficiência e da transparência se imputam à função estatal concretizadora das decisões políticas – o instrumento por excelência dessa programação são as políticas públicas, cuja construção

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

segundo um modelo harmônico com os princípios da deliberação democrática, hão de subsidiar a própria ação controladora do Poder Judiciário.¹⁴

Faltando a esse dever, advém estado de mora inconstitucional, respeitado, por óbvio, prazo considerado razoável para o agir estatal, disfunção, como ensina Barroso,¹⁵ “para a qual a doutrina e o direito positivo vêm buscando soluções eficazes”.

Esta, aliás, a razão da existência dos instrumentos viabilizadores de controle de constitucionalidade por omissão – mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, criados, igualmente, pela própria Constituição. Absolutamente inútil seria a positivação de dois instrumentos processuais se não fosse materialmente possível exigir-se dos poderes públicos edição de medidas visando à concretização de direitos fundamentais. A oportunidade de concretização de direitos fundamentais é dada ao poder público, que, de acordo com cada aptidão e peculiaridade, está jungido à dimensão objetiva das normas que definem direitos.

A questão está mais próxima da aptidão mesmo de cada poder em produzir atividade típica em cada caso que meramente separação entre as funções estatais. Enquanto ao legislador é dada a missão de disciplinar situações jurídicas de maneira genérica e abstrata, é à Administração Pública que vai caber efetivamente a real e concreta efetivação dos comandos constitucionais, através de (assim se espera) políticas públicas planejadas e eficientes.

Veja-se o exemplo do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos e do acesso à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados por meio da Defensoria Pública: em ambos os casos, a própria Constituição estabelece a necessidade de ser editada lei para a devida concretização dos direitos nela previstos, apesar de haver, no primeiro caso, direito de liberdade, e uma vez editada lei específica (para aqueles que, como o STF, entendem ser necessária a edição de lei para o exercício de direito fundamental previsto na Constituição) esperar-se do Estado uma abstenção; no segundo caso, ao revés, uma prestação material positiva, não só quanto ao advento de legislação – e isso deve ficar bastante claro –, mas também no desenvolvimento de políticas públicas eficientes e programadas para dar consecução efetiva ao comando legal.

Não obstante diferenças entre os direitos mencionados, não somente quanto à dimensão ou ao próprio objeto da norma que os declara, mas também quanto ao dispêndio de gastos para sua materialização,¹⁶ em ambos o STF interveio no âmbito de ações ajuizadas *não apenas* para garantir especificamente

¹⁴ VALLE, V. R. L. Direitos sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. (Org.). *Direito público & evolução social* – 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 309-28.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 95.

¹⁶ No direito de greve, como só ocorre com os direitos de liberdade, não há, pelo menos diretamente, em princípio, custos para a concretização, ao contrário do que ocorre com a prestação de assistência jurídica pelo Estado-administração. Perceba-se que normalmente isso ocorre com os direitos de defesa, de primeira dimensão, que protegem realidades pré-jurídicas, e o poder público já se utiliza da estrutura existente para a garantia desses direitos. No tocante à prestação material, pode-se concluir que sempre reclamam redimensionamento orçamentário estatal para cumprimento dos ditames naturais, acaso opte-se pelo desenvolvimento de políticas públicas ou ao cumprimento de decisões judiciais.

ao indivíduo demandante o exercício daquele direito reclamado, mas sim para pôr termo à inação injustificável por parte dos órgãos morosos.

A Defensoria Pública somente pode se tornar realidade em um estado da Federação, conforme o art. 134 da Constituição, após a edição de lei complementar estadual suplementando, no que couber, legislação federal que regule normas gerais, criando a instituição, já obrigatoriamente prevista nas constituições estaduais,¹⁷ e até mesmo adaptando a instituição às peculiaridades regionais. Além disso, torna-se necessário criar cargos, funções, órgãos de atuação, estrutura administrativa, nomear o primeiro chefe institucional que realizará e homologará concurso público, nomear, dar posse e lotar os primeiros membros da instituição e servidores do quadro de apoio, devida orientação a seus membros para o início do efetivo exercício da função pública para que, por fim, o serviço chegue ao cidadão credor de maneira *eficiente*, como determina a Constituição.

A Constituição já criou o direito à prestação material, qual seja, o serviço público de assistência jurídica que, quando custeada pelo Estado, necessariamente deve ser prestada privativamente pela Defensoria Pública, e o exercício do cargo de defensor público, após a edição de Lei Orgânica Nacional em 2009, passou a ser indelegável e privativo de membro da Carreira.¹⁸

Cabe ao poder público, como já esclarecido, desenvolver, de maneira eficiente e programada, as necessárias políticas públicas visando à implementação justa e real, com capilaridade e responsabilidade, do serviço essencial de assistência jurídica pela Defensoria Pública em cada estado da Federação, universalizando o serviço essencial objeto de prestação institucional. A esse compromisso o poder público está vinculado, já que da Constituição emanam diretrizes objetivas determinantes para a consecução de atividades estatais visando à concretização.

Para que se torne realidade, entretanto, a efetiva implementação da prestação do serviço de assistência jurídica, de nítido cunho social-prestacional, torna-se necessária a *programação eficiente*, permitindo que os credores do dever constitucional possam até mesmo participar do processo por meio do qual o Estado-administração vai dar cumprimento aos comandos constitucionais. Adere-se, de maneira lógica e necessária, ao conceito de políticas públicas o de *eficiência* e o *direito fundamental à boa administração*.¹⁹

A ampliação do conteúdo do dever constitucional de planejamento, aduz Vanice Regina Lírio do Valle,²⁰ presta reverência à eficiência porque,

¹⁷ Tanto o art. 5º, LXXIV, quanto o art. 134 da Carta Federal são de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais e na lei orgânica do Distrito Federal, atualmente, após a edição da Emenda à Constituição nº 69/2013, autônoma, tal como ocorre nos estados desde a reforma do sistema do Judiciário em 2004.

¹⁸ Eis o teor dos parágrafos 5º e 10 do art. 4º da Lei Complementar nº 132/2009, que acrescentou texto na LC nº 80 de 1994: "A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública; [...] o exercício do cargo de Defensor Público é indelegável e privativo de membro da Carreira".

¹⁹ VALLE, V. R. L. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse Público*, v. 48, p. 87-110, 2008.

²⁰ VALLE, V. R. L. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse Público*, v. 48, p. 87-110, 2008.

se eficiência expressa relação entre conduta e objetivo (e estas estão subordinadas à Constituição, que impõe ao Estado diretrizes), tem-se que a enunciação integral da política pública fornecerá dados objetivos que permitirão, no exercício do controle, a aferição da eficiência.

Quanto ao exercício do direito de greve dos servidores públicos, ao contrário do que ocorre com os direitos a prestações materiais, de primeira dimensão, situa-se na designação de objeto dos direitos de defesa, isto é, o indivíduo tem direito público subjetivo a que o Estado respeite o exercício do direito fundamental. Em outras palavras, o Estado tem o dever de abster-se em não impedir o exercício de direito fundamental.

Não há dúvida de que, dentre os direitos de defesa, o Estado vai se utilizar de sua estrutura já existente para abster-se, não havendo custo específico para a proteção; em contrapartida, para a concretização dos direitos prestacionais, tornam-se prementes a programação e o desenvolvimento orçamentário, reservas e planejamento para a entrega eficaz.

Em que pese o entendimento já aqui sinalizado de Sepúlveda Pertence quando da prolação de seu voto no julgamento do Mandado de Injunção nº 438, que considerou a norma do art. 37, VII, na esteira do que ocorre com o direito de greve dos trabalhadores em geral, autoaplicável ou pelo menos de eficácia contida, a maioria dos membros da Suprema Corte, à época, entendeu de maneira diversa, estabelecendo a necessidade do advento de lei específica para que, *somente após isso*, fosse possível o exercício do direito fundamental, considerando-a, portanto, não autoaplicável ou, como prefere José Afonso da Silva,²¹ norma constitucional de eficácia limitada.²²

Percebe-se, portanto, que, em ambos os casos destacados – greve dos servidores e assistência jurídica gratuita em Santa Catarina –, a inércia do poder público provocou no STF um agir pouco afeto ao que estava (e até hoje está) acostumado a enfrentar, principalmente quanto aos efeitos da decisão judicial prolatada. Houve, em verdade, transferência do dever de agir ao Judiciário, talvez até propositalmente, por conta da carga de polêmica das questões apresentadas.

Apesar, portanto, do mandado de otimização que confere aplicação imediata aos direitos fundamentais, há situações em que o agir estatal torna-se essencial à concretização da garantia prevista na Constituição que os enuncia de maneira genérica, aberta, sem delineamento mínimo para a fixação de seu objeto.²³ Torna-se necessário que o poder público efetivamente concretize o direito abstratamente previsto na norma constitucional, não somente pela lei mas principalmente pela atuação administrativa, verdadeira atividade concretizadora dos direitos fundamentais.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 254.

²² Conforme doutrina de José Afonso da Silva, além das normas de eficácia plena e contida, ambas com aplicabilidade direta e imediata, mas quanto a esta última possivelmente não integral, as de eficácia limitada, ao revés, dependem de regulamentação para incidirem, pois que a própria Constituição não outorgou normatividade suficiente para isso. A aplicabilidade, nesse caso, é indireta, mediata e reduzida.

²³ Verifiquem-se, como exemplo, os direitos sociais elencados no art. 6º da CF, sendo que alguns deles não mereceram qualquer outro tratamento pela norma constitucional como o direito à moradia, alimentação, trabalho, lazer etc.

Se, por um lado, à lei é conferida a missão de disciplinar situações jurídicas em abstrato, inovando a ordem jurídica por meio de comando cogente, por outro, aguarda-se da atuação administrativa a realização efetiva dos direitos fundamentais em concreto e agora, por imperativo constitucional, eficiente.

Além dessas normas constitucionais abertas, isto é, sem o devido delineamento constitucional ou mesmo qualquer medida de alcance ou destinatários precisos, que não serão especificamente objeto do presente estudo, há ainda direitos fundamentais em que a própria Constituição exige conduta positiva estatal específica, por ato legislativo ou mesmo por entrega de prestação material, que, por sua própria natureza, neste último caso, depende de comportamento positivo estatal ainda que se cuide de direito fundamental, como ocorre, por exemplo, com o direito fundamental de greve dos servidores públicos (defesa) e o de assistência integral e gratuita às expensas do Estado (social prestacional).

O presente estudo tem por objeto a análise desses dois direitos fundamentais que, pelo menos de acordo com o entendimento predominante, dependem de regulamentação para se tornarem realidade no mundo dos fatos (efetividade): o direito de greve dos servidores públicos e o de assistência jurídica integral e gratuita a ser prestado pela Defensoria Pública, principalmente em entes federados ainda omissos e inoperantes; além disso, o comportamento estatal verificado em 26 anos de promulgação da Constituição e as medidas adotadas pelo STF na tentativa de suprir lacuna injustificável, apesar da conhecida dificuldade contramajoritária.

No caso do primeiro (direito de greve dos servidores públicos), típico direito de defesa, e do segundo (assistência jurídica integral e gratuita), direito social na modalidade prestação material, que dependem de regulamentação para que os destinatários da norma constitucional, os indivíduos que se enquadrem nas características do objeto da norma constitucional, no caso, o servidor público e o necessitado, possam efetivamente exercer seus direitos subjetivos.

O que dizer, então, da ausência, até os dias de hoje, de lei específica regulamentando o exercício do direito de greve dos servidores públicos, como determina, aliás, o art. 37, VII, da Constituição, até que o STF estendesse os efeitos da lei geral de greve dos trabalhadores em geral para os servidores públicos?

E no caso do Estado de Santa Catarina, em que foi necessária atuação ativista por parte do STF para que se tivesse, enfim, após mais de 20 anos de mora injustificável, a instalação da Defensoria Pública naquele Estado?

A falta injustificável de agir, no caso edição de lei ou ato normativo, rendeu ensejo a uma atuação positiva por parte do STF, que tomou para si uma função que não é sua, mas que, por conta da fundamentalidade dos direitos objeto das normas constitucionais em debate, houve por bem concretizá-los em nome do poder público competente, abandonando ou, ainda que assim seja, flexibilizando seu entendimento na matéria, em que adota historicamente a autocontenção principalmente quando se trata de omissões inconstitucionais.²⁴

²⁴ Veja-se, por exemplo, o que decidiu o STF no julgamento da ADI nº 1.458/DF, relator o Min. Celso de Mello: “a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do poder público, confere ao STF, unicamente o poder de cientificar o legislador inadimplente para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional”.

Resta saber se, após o STF ter avocado para si a função de concretizar determinados direitos fundamentais por pura desídia do Estado, se já houve suficiente *diálogo institucional* para que se tenha, enfim, mudança de comportamento não somente quanto a esses direitos aqui analisados, mas também mudança de mentalidade por parte do Estado.

A existência de normas abertas na Constituição *não necessariamente vai ensejar a adoção de ativismo judicial*. Necessário até que se conceda oportunidade aos poderes públicos competentes para adotarem medidas que entendam necessárias, vinculados que estão aos ditames constitucionais. O Judiciário, de ordinário, deve apenas dar impulso a que se tenha a devida implementação de políticas públicas concretizadoras destas normas abertas, por vezes sem conteúdo específico, a fim de que os cidadãos credores possam usufruir dos direitos que lhes são devidos. A questão aqui é mesmo de *aptidão*.

Chegar ao ponto de o Estado-juiz substituir função morosa para fazer valer, por ato típico seu, manifestação de vontade que lhe seria (e continua sendo) estranha e implementar ação *pele* legislador ou *pela* administração pública é subverter a ordem natural das coisas, mas se a mora chegar a impedir acesso, ainda que em sentido mínimo, ao direito abstratamente previsto na Constituição, não resta outro caminho a ser seguido pelo Judiciário senão garantir esse acesso ao exercício de direito fundamental.

2. DOS PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONFORMIDADE FUNCIONAL OU AUTOCONTENÇÃO – ADESÃO HISTÓRICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dentre os princípios interpretativos da Constituição acolhidos por nossa doutrina, tem-se o da conformidade funcional acolhido pela jurisprudência do STF, como veremos a seguir.

2.1 Dos princípios de interpretação constitucional: aderência pelo STF da conformidade funcional ou autocontenção no papel de freio ao ativismo judicial – a inconstitucionalidade por omissão como consequência

A doutrina jurídica costuma enumerar como princípios de interpretação da Constituição aqueles elencados por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional, tais como o da *unidade da Constituição* – o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como isoladas e dispersas, mas como preceitos integrados, evitando-se, assim, contradições internas no seio da Constituição –, o da máxima efetividade, este último trazido por Canotilho,²⁵ e o da concordância prática, estritamente ligado à ideia de proporcionalidade, em que deve o exegeta buscar sempre eficácia ótima na acomodação dos direitos fundamentais, entre outros.²⁶

Dentre os princípios interpretativos elencados pela doutrina, ganha relevo no presente trabalho o debate acerca do princípio da *conformidade*

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1992, p. 182.

funcional, também denominado de autocontenção judicial, que diz respeito à conformidade de respeito irrestrito à repartição de funções estabelecidas na Constituição, reservando o campo da política ao legislador, utilizando-se da metáfora “constituição moldura”, que estabelece limites à atividade legislativa, cabendo ao Estado-juiz função meramente negativa, suprimindo normas do ordenamento jurídico, porque inconstitucionais. O controle em sentido negativo, no caso, diz respeito à sindicabilidade em torno da moldura constitucional, com a verificação se o legislador respeita os limites de sua atuação, de acordo com o ditado pela Constituição.

Em outras palavras, não caberia ao Estado-juiz syndicar o conteúdo, a forma como o Estado-legislador preenche o interior da moldura delimitada pela Constituição, vez que esse campo estaria reservado à política, atividade típica do Legislativo. Aqui poderemos ter alguns problemas, principalmente quanto à efetividade dos direitos fundamentais sociais, considerados de segunda dimensão, positivos, que têm por objeto alguma prestação material estatal, porque, como assevera com propriedade Virgílio Afonso da Silva, a adoção dessa doutrina pode revelar o retorno ao Estado liberal, onde se pode encontrar apenas a garantia de direitos de defesa do indivíduo contra a intromissão em sua esfera privada:

Não caberia ao Tribunal, entretanto, controlar a forma como o legislador “preenche” o interior da moldura. Isso seria reservado ao campo da política. É com base nesse tipo de argumento que Bôquenförd e Jestaedt, por exemplo, pregam uma volta a uma concepção liberal de direitos fundamentais, que seriam simplesmente direitos de defesa do indivíduo contra a intromissão estatal em sua esfera privada.²⁷

Entretanto, a Constituição brasileira, ao contrário do que se vislumbra na Carta alemã, não adotou apenas os direitos fundamentais clássicos, ditos negativos, mas também direitos fundamentais que impõem prestações positivas ao poder público, isto é, tanto ao legislador, impondo-lhe legislar, quanto ao Poder Executivo, mediante a edição de políticas públicas.

Quando o poder público é chamado pela Constituição a agir e não cumpre seu papel, deixando, portanto, de editar normas infraconstitucionais ou atos administrativo-normativos ou ordinatórios visando dar eficácia fim à norma constitucional, tem-se a eclosão do fenômeno da inconstitucionalidade, mas agora por omissão total ou parcial.

É de Jorge Miranda²⁸ a explanação correta acerca do momento em que ocorre a omissão inconstitucional quando assevera que a omissão é relevante sempre que, mandando a norma regulamentadora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade, nas condições que estabelece, o destinatário não o faça nos termos exigidos e não o faça em tempo útil.

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. 2. tir. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 507-509.

A se permanecer adotando a conformidade funcional e a concretização de direitos permanecer esvaziada, o STF estaria deixando de prestar sua missão precípua, que é a guarda da Constituição. Logo, não é exagero afirmar que a adesão pelo Pretório Excelso à conformidade funcional ou autocontenção judicial, quando em jogo a concretização de direitos fundamentais, vai de encontro à própria essência de nossa Constituição e ao rol exemplificativo dos direitos e garantias fundamentais nela contido, já que adota a posição de que é viável aguardar-se edição de norma regulamentadora para que somente assim possa o indivíduo exercer seu direito previsto na Constituição.

Anna Cândida da Cunha Ferraz²⁹ chega a afirmar que a omissão inconstitucional implica pernicioso processo de mutação constitucional, uma vez que a inércia dos poderes constituídos representa inegável processo de alteração informal da Constituição. Não há alteração do texto constitucional, por óbvio, mas altera o alcance da Constituição, paralisando a aplicação de suas normas.

Isso não significa dizer, citando novamente Virgílio Afonso da Silva, que o STF deva substituir o legislador em todos os casos de omissão, podendo implicar transformá-lo em definidor de políticas públicas, o que não é seu papel. O exigível seria uma postura ativa do tribunal no sentido de cobrar um *diálogo constitucional entre os poderes*. É o mínimo que se espera da Corte Constitucional brasileira.

2.2 Breve análise de dados colhidos na jurisprudência do STF, tendo-se adotado a autocontenção judicial

Pela análise dos julgados na matéria omissão inconstitucional, o STF, quando no exercício da jurisdição constitucional, adota entendimento prevalente quanto à sua função negativa no controle de constitucionalidade, suprimindo normas incompatíveis com a Constituição. Daí a autodenominação “legislador negativo”.

Apesar de a Constituição ter confiado ao STF a guarda de suas normas, isso não quer dizer que possa extrapolar de suas funções precípua para invadir o campo de ação de outro poder, levando-se em conta a cláusula de separação de poderes (princípio fundamental expresso no art. 2º da Constituição). Por conta disto, acabou por adotar, principalmente quando chamado a analisar atuação estatal de outrem, a autocontenção. Tal entendimento perdura, de ordinário, até os dias de hoje, quando no exercício da jurisdição constitucional. É regra do jogo a separação entre as funções estatais, é medida de seguimento obrigatório premente. Tímida a ação do STF quando a sociedade necessitava de apoio institucional para os desmandos legislativos e do próprio Executivo.

Podemos citar precedentes em que o STF adota o princípio da conformidade funcional ou da autocontenção, em algumas situações até mesmo frustrando a sociedade brasileira quando poderia ter agido com o objetivo primaz do impulso inicial apto a desfazer a inércia injustificada dos poderes públicos.

²⁹ CUNHA FERRAZ, Anna Cândida. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 231.

No caso do julgamento do Mandado de Injunção nº 107-DF, podemos perceber a timidez da atuação jurisdicional do STF, mesmo deparando-se com direito fundamental cujo vértice do § 1º do art. 5º a ele também se destina.

Louve-se, entretanto, nesse caso, o entendimento do ministro Sepúlveda Pertence, que reconheceu na norma do art. 37, VII, da Constituição Federal, norma de eficácia contida, justamente por tratar-se de direito fundamental, sendo perfeitamente possível, de acordo com seu entendimento, o pleno exercício do direito de greve por servidores públicos ainda que inexistente norma regulamentadora. Fez-se a ponte necessária entre a raiz do direito fundamental, positivada no art. 9º, com a necessidade de edição de regra específica para determinadas pessoas, no caso, agentes ocupantes de cargos públicos.

Reconhecendo, também, a natureza autoaplicável do instituto da greve, ainda que quando exercido por servidor público, Dirley Junior³⁰ assevera ser inviável corte de ponto, suspensão do pagamento de salário ou vencimentos pelos dias parados por uma categoria de servidores, engrossando a fileira dos doutrinadores que entendem pela imediata possibilidade de fruição pelos titulares dos direitos e garantias fundamentais.

Esse, entretanto, não foi o entendimento encampado pela maioria dos ministros que compunham a Corte à época do julgamento dos Mandados de Injunção nº 20-4/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, e o de nº 438, cuja relatoria coube ao ministro Néri da Silveira, que *apenas reconheceram a inconstitucionalidade por omissão do Legislativo*, cientificando-o, como consequência, de sua mora.

O simples reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão e a cientificação do Poder de sua mora, não existindo qualquer mecanismo constitucional de coerção, torna a eficácia do provimento jurisdicional praticamente esvaziada. O texto constitucional, aliás, pode direcionar o exegeta mais apressado a esse entendimento.³¹

Torna-se bastante difícil o acolhimento da tese de que ao direito de greve dos trabalhadores em geral é autoaplicável e, quanto aos servidores públicos, torna-se necessário o advento de lei para, somente então, ser possível o exercício do direito fundamental. Ambos são autoaplicáveis, e a lei a que faz menção a Constituição regulamentará a adequação ao exercício do direito já previsto na Lei Fundamental. O advento de lei específica, no caso, poderia, isso sim, cercar de adequação o exercício que já é garantido pela Constituição.

3. MUDANÇA DE RUMOS: NECESSIDADE DE AVANÇAR NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – ATIVISMO JUDICIAL APESAR DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA; DOIS EXEMPLOS DE ROMPIMENTO COM A AUTOCONTENÇÃO

Todas as normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata e referem-se a todos os direitos fundamentais. Se o STF, adotando entendimento de autocontenção, após declarar a inconstitucionalidade por

³⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 288.

³¹ Eis o teor do art. 103, § 2º, da CF: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

omissão, apenas científica o poder público de sua mora com a Constituição, podemos estar diante de um quadro problemático, principalmente se o poder público deixa de agir quando está obrigado a tanto e a mora se estende por décadas.

Com o passar dos anos e a manutenção do estado de mora inconstitucional, advindo natural renovação dos membros da Suprema Corte, a dificuldade da autocontenção cedeu, em alguns casos, ao estado de necessidade, e o curso das medidas começou a mudar.

3.1 Casos em que o STF inovou no controle de constitucionalidade por omissão rompendo com a dificuldade da autocontenção: direito de greve de servidores públicos e implementação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina

Apesar de o STF ter optado por estabelecer relação tímida na análise das omissões inconstitucionais, evitando substituir função de outro Poder, ainda que se trate de concretizar direitos fundamentais, como se depreende, aliás, pela decisão no Mandado de Injunção nº 107/DF, e esta foi, por muito tempo, a jurisprudência dominante da Corte, houve principalmente dois casos em que novos rumos começaram a ser desenhados na história do STF e, portanto, do país.

O primeiro diz respeito à ausência de regulamentação do direito fundamental ao já citado exercício do direito de greve dos servidores públicos, na forma do art. 37, VII, da Constituição da República, em que, ao contrário do que ocorre com o direito de greve dos trabalhadores em geral, positivado no art. 9º da Constituição, havia necessidade, segundo o próprio STF, de regulamentação específica por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada. A par disso, o poder público, até os dias de hoje, não editou lei específica, inviabilizando o exercício desse direito fundamental e ferindo de morte seu núcleo essencial.

A ausência da norma regulamentadora exigida no art. 37, VII, da Carta de outubro de 1988 inviabilizava o exercício, ainda que minimamente, do direito de greve, e a mora inconstitucional por mais de 20 anos tornava-se cada dia mais angustiante – e, pior –, com o aval implícito do próprio STF.³²

O entendimento de que caberia ao Estado-juiz constatar a óbvia inconstitucionalidade por omissão e cientificar o poder público de sua mora perdurou por décadas na jurisprudência do STF, apesar das críticas sociais e da própria doutrina.

Alguns casos mereciam evolução, vez que insustentáveis a manutenção do estado de desídia e a falta de efetividade de normas constitucionais.

Houve, então, mudança no entendimento da Corte quanto à eficácia da decisão em mandado de injunção, principalmente quando da análise dos citados remédios de nº 670/ES, 695/MA e 721/DF, rompendo-se com entendimento até então adotado. O STF passou a agir, suprindo a deficiência estatal, pondo fim à insegurança jurídica, à falta de credibilidade das instituições do Estado e à falta de concretização de direitos expressamente previstos na ordem constitucional.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. Direito de greve – Constituição, Art. 37, VII. Mandado de Injunção nº 438, do Tribunal Pleno. Relator: Néri da Silveira. Brasília, DF, 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747028/mandado-de-injuncao-mi-438-go>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

Isso pode ser observado pela análise da *ratio decidendi* dos votos que foram proferidos pela maioria da composição da Corte, principalmente aqueles ditados pelos ministros Marco Aurélio (MI 721/DF), Gilmar Mendes (MI 670/ES) e Sepúlveda Pertence, que chegou a reconhecer em seu voto a possibilidade de se ter acolhimento de pretensão ativista, se tivesse sido pleiteada (MI 695/MA). Foi o que ocorreu: o Judiciário estendeu aos servidores públicos a possibilidade de exercício de direito fundamental, tornando realidade a liberdade de agir prometida pela Constituição desde 1988.

O segundo caso objeto de debate neste trabalho diz respeito à efetiva implementação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, que, em nome do Estado, tem a função privativa de prestar assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de recursos, isso em sua função típica, além daquelas consideradas atípicas, como a de curadoria especial.

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a orientação jurídica em todos os graus, na forma do art. 5º, LXXIV, em processo judicial ou administrativo, daqueles que demonstrem insuficiência de recursos, cabendo à lei complementar nacional ditar normas gerais e à lei complementar de cada estado da Federação suplementar a legislação federal no que couber. Eis a determinação do art. 134 da Constituição.³³ No caso de Santa Catarina, a Constituição daquele Estado já sofre de chapada inconstitucionalidade desde a sua edição, em 1989.³⁴

Até a declaração de inconstitucionalidade por meio da ADI nº 4.270, a norma da Carta estadual dispunha que o serviço estatal de assistência jurídica naquele Estado seria prestado pela “Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita”, nos termos de lei complementar estadual, indo de encontro, portanto, às normas do art. 5º, LXXIV, c/c o art. 134 e parágrafos da Constituição Federal, impondo aos cidadãos modelo contrário às diretrizes constitucionais. Tanto é que jamais foi implantada a instituição nos moldes delineados pela Constituição Federal.

Coube à Ordem dos Advogados do Brasil daquele Estado a prestação de serviço, por advogados particulares, de serviço público indelegável e privativo da carreira de defensor público, cujo cargo efetivo é inerente à própria existência da função jurisdicional, como ocorre, aliás, com o Ministério Público.³⁵

Nem se diga que a norma do art. 134 da Constituição não é expressa e que o Estado não teve tempo razoável para se organizar em mais de 25 anos,

³³ Saliente-se a norma do art. 22, XIII, da CF, que estabelece que a matéria assistência jurídica e defensoria pública é de competência legislativa concorrente entre a União (dispor sobre normas gerais) e os Estados, que vão suplementar a legislação federal no que couber.

³⁴ A expressão “inconstitucionalidade chapada” foi utilizada por Sepúlveda Pertence enquanto ministro do STF, adjetivo semelhante a “flagrante”, “escandalosa”, “gritante”.

³⁵ As duas instituições, permanentes e essenciais, funcionam como braços independentes, apesar de exercerem funções executivas. Ambas as instituições, hodiernamente, gozam de autonomia funcional, administrativa, chefia institucional própria após eleições de seus próprios membros, para mandato determinado de dois anos, independência funcional, iniciativa de lei e outros institutos. Após o advento da EC nº 80/2014, como veremos a seguir, houve por bem ao constituinte dar tratamento equânime às Defensorias Públicas do que já se verifica com o Ministério Público desde a edição da Constituição; à exceção da garantia da vitaliciedade, própria dos magistrados, membros do MP e dos Tribunais de Contas, e da reserva própria de orçamento em até 2% da reserva líquida para fins de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC nº 101/2000. Apesar de aprovado projeto de lei para dar igualdade de tratamento para as Defensorias estaduais, houve veto da Presidência da República em dezembro de 2012.

nem que seja imperioso utilizar-se de interpretação visando buscar maior eficácia possível do texto constitucional. O art. 134, que estabelece a essencialidade e hoje a permanência da Defensoria Pública, expressamente faz menção à norma do art. 5º, LXXIV. Cuida-se, sem dúvida, de má vontade estatal e clara intenção de fomentar permanência de situação de serviço mal prestado às expensas do Estado, em modelo absolutamente contrário à Constituição.

Por mais de 25 anos não havia Defensoria Pública implantada no Estado de Santa Catarina, o que soa, no mínimo, como afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentação adotada no acórdão da ADI nº 4.270/SC, cuja relatoria coube ao ministro Joaquim Barbosa.

O modelo declarado inconstitucional pelo STF dispunha subserviência de atividade típica estatal privativa desenvolvida por advogado particular, o que é vedado expressamente pela Lei Complementar nº 132/2009.³⁶ Não é demais salientar que esse modelo, por óbvio, sempre foi patrocinado por recursos públicos, o que torna a questão mais grave, de usurpação de função pública.³⁷

Em ação direta de inconstitucionalidade proposta pela ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos), o plenário do STF, por unanimidade, pôs fim aos desmandos contidos expressamente na Constituição do Estado de Santa Catarina, que legitimavam verdadeira usurpação de função pública determinada pela Constituição Federal, fragilizando o direito de milhares, quiçá milhões de cidadãos catarinenses carentes, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos estaduais que deturpavam matéria de reprodução obrigatória (arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição) e, agora *com ativismo*, determinando a efetiva instalação da instituição no Estado, no prazo máximo de um ano, e não somente isso, a instalar definitivamente, inclusive formulando o primeiro concurso público no Estado.

Caberia à Assembleia Legislativa de Santa Catarina disciplinar tanto por meio de norma constitucional, investida em poder constituinte derivado decorrente estadual, porque de reprodução obrigatória, quanto no âmbito da legislação complementar estadual – respeitada, à época, iniciativa privativa do respectivo chefe do Executivo –, a criação e a instalação da Defensoria Pública, nos moldes delineados na norma do art. 134 da Carta Federal, com a devida instalação, reserva orçamentária própria, autonomia administrativa, chefia institucional própria, organização de seus membros em carreira, investidura por concurso público, com todas as prerrogativas constitucionais e legais.

A estatura da Defensoria Pública, máxime após o advento da EC nº 80 de 2014, é de instrumento do regime democrático, gozando de autonomia administrativa, financeira e orçamentária, com chefia institucional própria, cujos membros são agentes políticos de transformação social. A população credora do serviço de assistência jurídica, que não se resume ao de mera assistência judiciária, não poderia se contentar com a prestação de serviço por advogados dativos, sem qualquer prerrogativa funcional, sem estrutura em carreira e, principalmente, sem passarem pelo filtro do concurso público.

³⁶ Parágrafo 5º do art. 4º da LC nº 80/94, com as modificações da LC nº 132/2009.

³⁷ Vide art. 328 do Código Penal.

Não se tem por possível a prestação de serviço ineficiente, sob pena de se ter responsabilização civil. Os destinatários do serviço são *figuras centrais da atuação estatal, que deve ser programada, pública e, de preferência, participativa*.³⁸ Eis parte do voto do ministro Joaquim Barbosa, acompanhado por unanimidade pelo plenário do STF, quando relator da ADI nº 4.270/SC:

Em resumo, a situação em Santa Catarina, além de severo ataque à dignidade do ser humano, cuja proteção, sob o ângulo do direito de acesso à justiça, passa a variar de acordo com a sua localização geográfica no território nacional, representa, em minha opinião, grave desrespeito a uma ordem do constituinte, que não se limitou à exortação genérica do dever de prestar assistência judiciária, mas descreveu, inclusive, a forma que deve ser adotada na execução desse serviço público, não dando margem a qualquer liberdade por parte do legislador estadual.

Não resta a menor dúvida, portanto, principalmente diante da fundamentação do voto do relator da ação, que o Pretório Excelso agiu no exato momento em que a sociedade catarinense e, por efeito reflexo, a brasileira necessitavam de resposta estatal em face dos desmandos omissivos injustificáveis, que já geravam *frustração constitucional*.³⁹

Portanto, em ambos os casos – greve dos servidores e Defensoria Pública em Santa Catarina –, o STF adotou medida positiva, estabelecendo, de um lado, a própria norma faltante e, no outro, fixando prazo para a efetiva instalação de serviço essencial, concretizando, dessa forma, dois direitos fundamentais até então inatingíveis por parcela significativa da população.

Nas duas situações mencionadas, extremamente acertada a decisão do STF ao fazer concretizar direitos fundamentais até então inatingíveis por seus destinatários, agindo como guardião da Constituição e, por isso mesmo, fazendo cessar omissão injustificável. Quem sabe, até mesmo, não seria essa a vontade do Legislativo, principalmente diante de questões tão polêmicas? A quem interessa regulamentar greve de servidores públicos? A quem interessa romper com deságue de vultosas somas em duodécimos mensais para a Ordem dos Advogados de Santa Catarina?

Foi preciso, portanto, romper com a conformidade funcional arraigada na cultura brasileira, passando por cima até mesmo de interesses privados, funcionando o STF com ímpeto de ativismo, sem, contudo, substituir vontade de outro Poder, mas sim fazendo valer a vontade da Constituição.

³⁸ Na forma do art. 37, § 3º, da Constituição, há instrumentos viabilizadores de participação do usuário na administração pública direta e indireta por meio da reclamação, representação; os incisos XXXIV, a, e LXXIII do art. 5º trazem, respectivamente, os institutos do direito de petição e da ação popular; o regimento interno do STF regulamenta a audiência pública quando requisitada pelo relator da ação em método concentrado. Eis alguns instrumentos de participação, corolários lógicos do próprio regime democrático.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47-66.

3.2 A legitimidade do STF diante da dificuldade contramajoritária

Tortuosa a questão, entretanto, acerca da legitimidade democrática do STF para a prática da jurisdição constitucional, considerando o fato de que seus membros não são escolhidos pelo voto popular, ao contrário do que ocorre com os membros do Legislativo e os chefes de Poder Executivo. Como justificar essa função?

O Judiciário, principalmente o STF, vem avançando em terrenos antes reservados ao Legislativo e ao Executivo, assumindo papel destacado na análise das questões nacionais. Segundo Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto,⁴⁰ “o principal responsável pela nova estatura política assumida por nossa Corte Suprema é o exercício mais frequente e ativista da jurisdição constitucional”.

Ao contrário do que ocorria durante o regime militar, em que o controle de constitucionalidade via método concentrado apenas poderia ser deflagrado pelo procurador-geral da República, indicado, aliás, livremente pelo chefe do Poder Executivo federal, houve, após o advento da Constituição de 1988, ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações diretas, ampliando-se a possibilidade de o STF analisar, considerando-se a imensa gama de matérias previstas em nossa Constituição, a compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais diante da Constituição ou, no caso sob exame, a ausência de norma inviabilizando, em alguns casos, o exercício de direitos fundamentais.

Como justificar a jurisdição constitucional, sob o ponto de vista da legitimidade democrática, ainda quando exercida apenas em sentido negativo, suprimindo normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, incluindo-se nesse campo as emendas à Constituição, que dependem de *quorum* qualificado para sua aprovação,⁴¹ e os projetos de lei de iniciativa popular,⁴² considerando que tais atos emanam diretamente do Legislativo, em que seus membros são escolhidos por vontade popular e os juízes que vão decidir sobre a constitucionalidade ou não desses atos não passam pelo crivo das eleições populares?

Com o crescente ativismo judicial no exercício do controle de constitucionalidade, a legitimidade democrática do Judiciário no Brasil ganhou maior atenção da academia. De um lado, afasta-se a existência de qualquer dificuldade majoritária do Judiciário, principalmente diante da atual crise em nossa democracia representativa; de outro lado, com a democratização da

⁴⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 12-20, jul/2012.

⁴¹ Conforme disciplina o art. 60, § 2º, da Constituição Federal, o *quorum* para modificação constitucional por meio de emendas à Constituição é de 3/5 dos efetivos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de discussão e votação em cada Casa.

⁴² Consoante norma expressa no art. 14, III, da Constituição, um dos instrumentos de viabilização de manifestação de vontade direta do povo, titular do Poder Constituinte, é, ao lado do plebiscito e do referendo, a iniciativa popular que poderá ser exercida, na forma e nos casos previstos na própria Constituição, tal como preconiza o art. 61, § 2º: “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados, de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco estados, com não menos que três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

jurisdição constitucional nos últimos anos, houve maior representatividade no exercício do controle de constitucionalidade; há, ainda, a questão levantada acerca do interesse indireto do próprio Legislativo em transferir para o Judiciário, principalmente para o STF, a análise de questões que dificilmente poderiam ser enfrentadas pelas casas legislativas.⁴³

O fato é que a população não se vê representada pelos desmandos normativos e, principalmente, pelas omissões inconstitucionais. O conceito de democracia, sem dúvida, perpassa o de legitimidade majoritária, e, por vezes, o Judiciário deve intervir para justamente fazer valer direitos fundamentais não concretizados por desídia e falta de vontade política.

Severas críticas vêm sendo feitas ainda pela doutrina quanto ao protagonismo judicial de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Segundo entendimento já manifestado expressamente em voto do atual decano da Corte, ministro Celso de Mello, o STF tem a missão de dar a última palavra no tocante à interpretação constitucional:

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder [...]. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF- a quem se atribuiu a função eminente de guarda da constituição (CF 102, *caput*) assume o papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da lei fundamental.

Certo é que no Brasil, como sabemos, é inviável revisão por outro Poder das decisões do STF, mas o Legislativo não se submete ao efeito vinculante das decisões em método concentrado, sendo a ele lícito, até mesmo, editar nova legislação com idêntico objeto. Daí um possível e saudável *diálogo institucional*.

Tomando-se por exemplo a extensão da lei geral de greve aos servidores públicos, medida adotada pelo STF visando concretizar direito fundamental, certamente será possível, e é o que se espera, que o Legislativo edite, enfim, a norma regulamentadora faltante, mas agora de cunho específico, direcionada aos destinatários do direito fundamental previsto na Constituição, revelando-se, aqui, verdadeiro debate institucional.

⁴³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 12-20, jul/2012.

4. CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL: HOUVE MATURIDADE NO DIÁLOGO INSTITUCIONAL?

Cabe-nos avaliar (e a avaliação dos resultados é elemento importante do processo de mudança e amadurecimento institucional) se a atividade jurisdicional apontada principalmente nos dois casos estudados rendeu frutos e se houve até mesmo conscientização por parte do Legislativo e do Executivo na elaboração de normas genéricas, bem como edição de atos estatais, políticas públicas para a concretização plena dos direitos fundamentais.

Quanto à determinação de implantação da Defensoria Pública em Santa Catarina na ADI nº 4.270/SC, houve certa resistência por parte do poder público estadual principalmente quanto à extensão do serviço essencial por todo o território do Estado ou pelo menos intenção de fazê-lo em prazo razoável.

Necessário repisar informação já aqui analisada da iniciativa, à época, privativa do chefe do Executivo para disciplinar matéria sobre assistência jurídica e Defensoria Pública. Logo, a mora não era do Legislativo, mas sim do Executivo.⁴⁴ Tanto é que a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, legitimada na ADI nº 4.270, propôs reclamação constitucional que visou ao cumprimento integral da decisão do STF justamente por conta da falta de planejamento, devida estruturação, capilaridade do serviço por meio de organização adequada. Inobstante, o relator da reclamação, ministro Celso de Mello, entendeu que a decisão do STF na ADI destinou-se a apenas determinar a instalação da instituição e o primeiro concurso público, e não a universalização do serviço, que dependeria de decisão política da chefia de Executivo catarinense. Após, entretanto, o advento da EC nº 80/2014, é possível que a situação venha a se modificar, uma vez que, além da iniciativa de lei, há norma expressa determinando a instalação em prazo não superior a oito anos de, pelo menos, uma Defensoria Pública em cada comarca do Brasil. Celso de Mello, aliás, foi coerente em sua decisão, já que sempre adotou autocontenção, como vimos na seção 2 do presente trabalho, ao julgar a ADI nº 1.458.

Este pode ter sido o mais importante legado da atuação ativista do STF. Teremos que aguardar, entretanto, se o poder público cumprirá a determinação agora contida, por meio de emenda, no art. 98 do ADCT. Não há mais conceitos indeterminados, vagos, imprecisos, mas regras claras, objetivas, cogentes, autoaplicáveis.

Sem que se tivesse a pretensão de esgotar o tema, reconhecidamente árduo, outra conclusão não se pode apresentar senão a de reconhecer como legítima a decisão do STF em encampar, pelo menos em alguns casos, a teoria do ativismo judicial (e aqui, nos casos citados, a opção, segundo nossa percepção, foi visível), em vez do conformismo funcional (autocontenção judicial), rendendo ensejo a iniciativas políticas até então inimagináveis, pelo menos na análise de alguns dos arestos trazidos nesta oportunidade.

A legitimidade do STF está no *amadurecimento da teoria constitucional*, vez que o Judiciário deve assegurar a observância das regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria.

⁴⁴ Vide art. 61, § 1º, II, *d*, da CF, que é de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais. Após o advento da EC nº 80/2014, os defensores públicos-gerais receberam do constituinte a prerrogativa de iniciativa de lei, na forma do § 3º do art. 134 da CF.

Se o Estado-juiz é chamado a se manifestar sobre questões que deveriam ser afetas primariamente a outros poderes, é justamente porque estes não estão desempenhando suas funções a contento.

O ativismo, nos dois casos mencionados neste texto, foi adequado e evitou que se perdurasse estado de estagnação na efetividade de direitos fundamentais tão caros à população. O ativismo, como visto nos casos analisados, pode ser considerado *progressivo* justamente por fazer acontecer o exercício de direitos até então sem efetividade. O agir jurisdicional na medida e no momento certos pode ser o remédio às situações de desmandos, evitando-se a frustração constitucional.

Não ter acesso à assistência jurídica custeada pelo Estado, tal como determina a norma do art. 5º, LXXIV, é medida desumana, mesquinha e imoral, principalmente por conta dos inevitáveis entraves trazidos justamente por aqueles que se beneficiam do sistema privado usurpador de função pública.

Para coroar as conclusões deste trabalho, é de se salientar o advento da Emenda à Constituição nº 80 de 2014, que alçou a Defensoria Pública à categoria de instituição permanente (agora expressamente prevista na Constituição), trazendo para o texto constitucional os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, estendendo às Defensorias Públicas as regras contidas nos arts. 93 e 96, II, da Constituição Federal.

Também inovando a ordem constitucional, com o fito de se ter capilarização obrigatória do serviço público de assistência jurídica integral e gratuita, acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 98, determinando expressamente que cada comarca deste país, no prazo máximo de oito anos, conte com pelo menos um defensor público em órgão de atuação organizado e, agora expresso na Constituição, independente.

Eis um exemplo de ação legislativa (aqui, em verdade, poder constituinte derivado reformador) posterior à *atuação jurisdicional ativista progressiva*: aprovação da Emenda à Constituição nº 80/2014, erigindo a Defensoria Pública à categoria de instituição permanente, além de essencial, instrumento do regime democrático, una, indivisível e independente, com a promessa, conforme art. 98 do ADCT, de que, pelo menos, em cada comarca deste país seja instalado, com eficiência e dignidade, um órgão de atuação estruturado, com pelo menos um defensor público lotado (e com inamovibilidade, isso é essencial), com prerrogativas e garantias institucionais, a fim de efetivamente atuar como agente político de transformação social.

O desafio, a partir de agora, é aguardar o desenvolvimento de ações estatais eficientes, visando ao cumprimento das normas trazidas pelo constituinte reformador. Sem dúvida, o prazo de oito anos é considerado o “teto da meta estatal”, não somente quanto ao Estado de Santa Catarina, mas também em todos os Estados em que não há, ainda, Defensorias Públicas devidamente organizadas.

Daí uma excelente oportunidade para que o Estado-administração desenvolva com eficiência as políticas públicas de maneira organizada e estruturada, com a devida reserva orçamentária, despendendo valores semelhantes àqueles concedidos às demais carreiras do sistema de Justiça. Afinal, o cidadão credor tem direito fundamental à boa administração.⁴⁵

⁴⁵ VALLE, V. R. L. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 82 e ss.

Houve efetiva tentativa de ir além, com projeto de lei complementar que visava incluir as Defensorias Públicas estaduais na reserva orçamentária separada do montante do Poder Executivo, tal como já ocorre desde 2000 com os tribunais e o Ministério Público. Todavia, mesmo tendo sido aprovada, em ambas as casas legislativas federais por unanimidade, no final de 2012, adveio veto presidencial por ser o projeto contrário ao interesse público. Os conceitos indeterminados abrem margem para decisões teratológicas como esta. É de se lamentar o veto, que por ora está sendo objeto de análise pelo Congresso Nacional.

Os institutos que vieram pela Emenda à Constituição nº 80/2014, na realidade, foram uma *resposta* do legislador (no caso constituinte reformador) ao veto presidencial, salientando-se que, em menos de um ano, a proposta obteve aprovação quase de unanimidade dos membros do Congresso Nacional.

Quanto ao direito de greve dos servidores públicos, mesmo após a extensão operada pelo STF, que atuou com ativismo progressista, adotando a teoria concretista genérica, *faltou resposta do legislador*. O Estado-juiz fez muito mais que sua parte. Já o legislador, não. Não houve, até agora, portanto, diálogo institucional, mas apenas *monólogo institucional*. Vamos aguardar postura responsável do Legislativo para que, enfim, discipline a matéria e evite falta de efetividade de direito fundamental expressamente previsto na Constituição.

CONCLUSÃO

Não há dúvida de que o STF inovou em seu agir, fazendo concretizar direitos fundamentais até então não efetivados por conta de ausência de atividade do Legislativo (no caso do direito de greve dos servidores públicos) e do Executivo (com relação às Defensorias estaduais, sendo a matéria, como cediço, de iniciativa do chefe do Executivo, na forma do art. 61, § 1º, da Constituição, de reprodução obrigatória nos Estados e no Distrito Federal).

Historicamente, a jurisprudência da Corte Constitucional adotou o princípio da conformidade funcional, baseando-se na doutrina germânica, muito por conta, também, no campo do direito posto, do princípio fundamental de separação dos poderes, um dos pilares do sistema republicano. A questão, entretanto, diz com a aptidão mesmo de cada função a ser exercida de maneira típica, e a oportunidade que se deve oferecer ao Executivo e ao Legislativo de fazer o melhor possível em cada caso, levando-se em conta a máxima efetividade da norma constitucional, respeitando-se a independência e harmonia entre elas. É do jogo democrático, principalmente se levando em consideração a posição majoritária e o fato de os agentes deflagradores dessas funções exercerem mandatos outorgados pelo voto popular.

O que esperar de funções que, embora majoritárias e legítimas, deixam de agir quando há determinação para tanto e não chegam sequer a produzir o mínimo de políticas públicas visando à concretização de direitos fundamentais, embora jungidas a tanto, por conta da dimensão objetiva que lhes é ínsita?

Aguardar indefinidamente ou romper com os desmandos injustificáveis e omissos a ponto de se converterem em covardia estatal? Até que ponto não é interessante ao Legislativo ou ao Executivo transferir a

função de condutor das políticas públicas ao Judiciário, talvez por conta de não terem que se submeter ao julgamento popular pelo crivo das eleições? Não ter que enfrentar posições reacionárias talvez seja solução para resolver grandes problemas até então insolúveis.

Onde o diálogo institucional se, ainda que estendido o direito dos servidores públicos, o Legislativo nem sequer sinaliza com o advento de legislação? Valeu a pena a inserção jurisdicional? Não há dúvida de que sim, até porque um imenso salto de coragem rumo à maturidade institucional, no sítio do STF, como já salientado na introdução deste trabalho, chegou a ser criado ícone com listagem das oportunidades em que o tribunal se manifestou sobre a ausência de legislação, sendo a medida verdadeira sinalização concreta aos poderes públicos para que cumpram seus papéis constitucionais. Daí a conclusão de haver, na matéria, não tentativa de diálogo, mas de monólogo institucional!

Ativismo não é essencial para a concretização de direitos fundamentais. Ao revés. Em algumas situações, o ativismo pode ser regressivo e ir de encontro aos ideais da própria Constituição, podendo revelar imenso perigo para o diálogo fraterno entre as funções estatais.

Não foi o que ocorreu, entretanto, com os direitos objeto de análise neste trabalho. Em ambos os casos, o STF atuou de maneira a garantir a necessária concretização da norma constitucional, que irradia seus efeitos sobre a ordem jurídica ordinária e em relação à Administração Pública na edição de normas infralegais. A contrapartida por parte do Legislativo foi, no caso do direito de greve dos servidores, inexistente.

Quanto à Defensoria Pública em Santa Catarina, após interferência do STF fixando prazo para a devida instalação da instituição essencial do art. 134 da Constituição, além de a ter efetivamente implantado, apesar de timidamente, o constituinte fez valer sua vontade e editou a Emenda à Constituição nº 80/2014, fomentando verdadeira revolução em matéria de assistência jurídica a ser prestada pelo Estado.

Nosso modelo a garante de maneira generosa, ampla, e não dá margem a escolhas porventura mesquinhas. O gasto com Defensoria Pública é, na realidade, investimento no sistema de Justiça, podendo funcionar até mesmo como freio à judicialização extremada e desnecessária, como núcleos de mediação, acordos extrajudiciais, aconselhamentos jurídicos, termos de ajustamento de conduta, enfim, exercendo papel plenamente na forma da Lei Complementar nº 132/2009 e da própria Constituição.

A atuação jurisdicional foi decisiva, portanto, em ambos os casos, fazendo concretizar medidas até então inexistentes no plano legislativo e de políticas públicas em geral nas matérias aqui estudadas. A consequência, para os servidores, é a possibilidade de exercício de direito fundamental (embora não haja nenhuma sinalização de lei específica para regulamentar a matéria); quanto à Defensoria Pública, tivemos diálogo institucional com o advento da Emenda à Constituição nº 80 de 2014, dando substancial modificação ao art. 134 da Constituição e no ADCT (art. 98).

Aguardemos o passar dos anos e o cumprimento da norma constitucional e vislumbraremos serviço público de assistência jurídica universalizado e eficiente, programado e planejado, com dotações orçamentárias suficientes, à maneira do que ocorre com as demais instituições do sistema de Justiça.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. Direito de greve – Constituição, Art. 37, VII. Mandado de Injunção nº 438, do Tribunal Pleno. Relator: Néri da Silveira. Brasília, DF, 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747028/mandado-de-injuncao-mi-438-go>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GARCIA, José Augusto. Solidarismo jurídico: acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. In SOARES, Costa Fábio. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. 2. tir. Coimbra: Coimbra, 1996.

RODRIGUEZ ARANA, Jaime. *El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas*. Texto de La interención del autor em El seminario que sobre a la buena administración pública organizo em Avialos días 19 y 20 de marzo de 2007 la escuela de Administración Pública de Catilla-Léon. Disponível em: <http://www.ciberjure.com.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=2232&Itemid=9>. Acesso em: 10 fev. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 12-20, jul/2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso e direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, V. R. L. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

_____. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse Público*, v. 48, p. 87-110, 2008.

_____. Direito sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. (Org.). *Direito público & evolução social – 2ª série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DESAPOSENTAÇÃO: DEBATES E A LEI 13.183/2015 COMO DISPENSA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO PELA REAPOSENTAÇÃO

*DESAPOSENTAÇÃO: DISCUSSIONS AND LAW 13.183/2015 AS SUPPLY TO
PENSION FACTOR BY THE REAPOSENTAÇÃO*

Thiago Luiz Américo Ney Almeida

Advogado. Pós-graduado em Direito Previdenciário. Residente da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador da Comissão OAB Jovem da 15ª Subseção da OAB/RJ.

Resumo: Os aposentados por tempo de contribuição do Regime Geral da Previdência Social que retornam ao mercado de trabalho são obrigados a contribuir novamente para o sistema securitário na forma da lei sem direito à cobertura de benefícios previdenciários. Ainda por força das reformas legislativas, foram revogados os institutos do pecúlio e do abono de permanência que ofereciam vantagens aos detentores do direito à aposentadoria que permaneciam ou voltavam à atividade. Atualmente, não há legislação que garanta contraprestação às contribuições obrigatórias realizadas pelos aposentados que retornem ao trabalho. Some-se ainda o fato de milhões de aposentados se sujeitarem à regra do fator previdenciário, o que pode ocasionar drástica redução no padrão econômico habitual, obrigando-os a retornar ao mercado de trabalho para completar a renda da aposentadoria e garantir uma vida digna. Nesse sentido, verificaremos, por meio de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, a tese jurídica da desaposentação, em especial, da reaposentação para obtenção de benefício previdenciário mais vantajoso à luz dos requisitos previstos na Lei nº 13.183/2015. Noutros termos, analisaremos se novas contribuições pós-aposentadoria sob a vigência da nova lei permitem a não incidência do fator previdenciário caso sejam alcançados os requisitos progressivos previstos.

Palavras-chave: Desaposentação. Fator previdenciário. Lei nº 13.183/2015. Aposentados. Retorno ao trabalho. Vida digna.

Abstract: Retired by the time contribution of the General Social Security System who return to the labor market are required to contribute again to the tightening security system in accordance with Law no right to cover social security benefits. Still under the Laws were repealed annuity institutes and stay of payment, offering advantages to the holders of the right to retirement who remained or returned to activity. There are currently no legislation guaranteeing consideration the compulsory contributions made by retirees who return to work. It is also add the fact that millions of retirees being subject to the social security factor rule, which can cause drastic reduction in normal economic pattern forcing them to return to the labor market to supplement retirement income and ensure a dignified life. In this sense, we find through literature review and case law research the legal

interpretation of desaposentação, in particular, of the reaposentação to obtain social security benefits more advantageous in light of the requirements of Law 13,183/2015. In other words, we will analyze if new post-retirement contributions in the enactment of the new law allow the non-levy of the social security factor if achieved the planned progressive requirements.

Keywords: Desaposentação. Social security factor. Law n. 13.183/2015. Retired. Return to work. dignified life.

INTRODUÇÃO

Os aposentados por tempo de contribuição do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) que retornam ao mercado de trabalho são obrigados a contribuir novamente para o sistema previdenciário na forma do art. 11, § 3º, da Lei nº 8.213/90. Apesar da obrigatoriedade no custeio, os segurados aposentados não têm direito a outros benefícios por força do art. 18, § 2º, da Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social, exceto o salário-família e a reabilitação profissional. Além de inexistir proteção previdenciária aos aposentados que retornam à atividade, não há qualquer melhoria na renda do benefício já concedido com a finalidade de justificar as novas contribuições previdenciárias.

Deve-se esclarecer que, na origem do sistema geral previdenciário brasileiro, previsto pelas Leis nº 8.213/91 e 8.212/91, existiam os institutos do pecúlio e do abono de permanência em serviço, os quais, em apertada síntese, incentivavam o retorno ao trabalho e a permanência após o preenchimento dos requisitos para aposentadoria. Isso ocorria em razão de o primeiro instituto (pecúlio) devolver aos segurados toda a contribuição previdenciária efetivada ao Instituto de Seguridade Social (INSS) após o cidadão ter se aposentado por meio de cota única. Por outro lado, o segundo instituto (abono de permanência) oferecia vantagens financeiras ao segurado que houvesse preenchido os requisitos para se aposentar e optasse em continuar na atividade.

Contudo, os respectivos institutos foram extintos pelas Leis nº 9.032/95 e 8.870/94, não havendo nenhuma outra norma jurídica que promovesse aos segurados aposentados que voltassem ao trabalho ou permanecessem em atividade contraprestação para a contribuição compulsoriamente cobrada após a aposentadoria.

Ademais, todas as aposentadorias concedidas por tempo de contribuição após a Lei nº 9.876/99, ressalvando as exceções legais e o direito adquirido, sofrem a incidência do fator previdenciário, que, em linhas gerais, modifica o valor da renda do benefício previdenciário em razão da idade no momento do requerimento, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição. Dependendo do resultado do fator previdenciário, o valor do benefício será reduzido de modo a não ser concedido integralmente, vale dizer, quanto menor a idade, maior a expectativa de sobrevida e menor o tempo de contribuição.

No contexto social em que milhões de aposentados se sujeitam à regra do fator previdenciário e observam seus benefícios de aposentadoria concedidos

em valor desassociado ao padrão de vida anterior, muitos se veem obrigados, no auge de sua velhice, a retornar ao mercado de trabalho para garantir uma digna sobrevivência com a finalidade de completar a renda.

Nesse sentido, surge a construção acadêmica e pretoriana da desaposentação: tese capaz de permitir uma nova aposentadoria mais vantajosa em razão dos efeitos para as novas contribuições vertidas ao sistema de acordo com legislação da época da nova aposentadoria.

Ademais, há uma variação da desaposentação, denominada reaposentação, que será analisada no contexto da inovadora Lei nº 13.183, publicada em 4 de novembro de 2015, a qual permitiu a opção pela não incidência do fator previdenciário quando alcançados, de modo progressivo, requisitos etários e contributivos.

Assim sendo, será admissível aplicar a nova legislação que retira a incidência do fator previdenciário aos milhões de aposentados que permanecem na ativa (contribuindo) ao completarem a exigência legal?

Analisaremos, por meio de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, a tese jurídica da desaposentação, em especial, a variação da reaposentação, pelos inativos que (ainda) laboram formalmente, a fim de averiguar a legitimidade da aplicação da Lei nº 13.183/2015 no que diz respeito aos requisitos previstos para dispensar a aplicação do fator previdenciário.

1. A DESAPOSENTAÇÃO

1.1 Contextualização conceitual

No cenário social brasileiro em que o aposentado que retorna ao trabalho não mais auferir retorno para a nova contribuição previdenciária devida, uma vez que o benefício do pecúlio¹ foi extinto pela Lei nº 8.870/94, mas é obrigado legalmente² a financiar novamente o sistema sem poder gozar de novos benefícios,³ tampouco melhorar a renda de sua aposentadoria, surge uma resposta doutrinária que ecoou nos tribunais brasileiros.

O instituto chama-se desaposentação e seria conceituado como o “desfazimento do ato concessório da aposentadoria, por vontade do beneficiário”, segundo os dizeres de Leitão e Meirinho.⁴ Na doutrina de Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, a desaposentação seria:

[...] o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa (e contribuindo

¹ Consistia na devolução ao segurado de toda a contribuição previdenciária efetivada ao Instituto de Seguridade Social (INSS) após o cidadão ter se aposentado por meio de cota única.

² Segundo o art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91.

³ Conforme o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

⁴ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’anna. *Manual de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 438.

obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria.⁵

Definição certa, especialmente por chamar a atenção da utilização do tempo de contribuição posterior, se observa no eminente Fábio Zambitte Ibrahim:

A desaposentação, portanto, como conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade de o segurado renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição. O presente instituto é utilizado colimando a melhoria do *status* financeiro do aposentado.⁶

Bem verdade, a solução da desaposentação tem como grande influência o estudioso Wladimir Novaes Martinez,⁷ que, mediante neologismo, a difundiu. Pela sua ótica, poderíamos considerá-la como espécie de renúncia⁸ formal às mensalidades de um benefício legitimamente deferido e em manutenção, seguido da portabilidade do tempo de serviço⁹ para outro regime – originário ou diverso.

Nesse diapasão, definiremos a desaposentação como uma via de mão dupla: a renúncia à aposentadoria anterior, ao mesmo tempo em que se concede uma nova mais vantajosa¹⁰ à luz das regras do momento do novo requerimento e à custa das contribuições pós-aposentadoria.

Com a finalidade de compreender a desaposentação à luz da Lei nº 13.183/2015, faz-se necessário ressaltar um esboço acerca das principais discussões na temática, que, segundo a doutrina de Ladenthin e Masotti,¹¹ versam basicamente sobre: “i) direito ou não do segurado à renúncia; ii) reversibilidade dos benefícios previdenciários; iii) falta de fundamentação legal; iv) devolução dos valores já recebidos pelo segurado”, além de salientar a posição das cortes superiores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 691.

⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 35.

⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

⁸ Logicamente que a vontade do segurado de renunciar não seria o puro arbítrio. Baseia-se na intenção de melhorar o benefício já concedido mediante imediata portabilidade.

⁹ O tempo de serviço, e não as prestações dos benefícios, a ser entendido como irrenunciável, definitivo e irreversível.

¹⁰ A partir dessa ideia seria utilizar exclusivamente a contribuição feita após a regular aposentadoria em prol do segurado, justamente para verificar consequências jurídicas para as contribuições obrigatoriamente devidas.

¹¹ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. *Desaposentação: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 15.

1.2 Controvérsias sobre a desaposentação

1.2.1 Renúncia e reversibilidade da aposentadoria

A primeira divergência a ser apresentada é sobre o direito do segurado em face da renúncia da aposentadoria e a reversibilidade dos benefícios previdenciários.

No âmbito administrativo, o INSS veda a desaposentação, considerando que o benefício previdenciário seria irrenunciável e irreversível por força do Decreto nº 3.048/99, que regulamenta a previdência social brasileira e, em seu art. 181-B, prescreve:

As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos: I – recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou II – saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

No âmbito administrativo, as características atribuídas pelo INSS estariam, nos dizeres de Castro e Lazzari, no entendimento de que a:

[...] aposentadoria é irrenunciável, dado seu caráter alimentar, só se extinguindo com a morte do beneficiário [...] o caráter de irreversibilidade, por considerar a aposentadoria um ato jurídico perfeito e acabado, só podendo ser desfeito pelo Poder Público em caso de erro ou fraude na concessão.¹²

Portanto, a própria natureza do benefício e o modo de concessão justificariam o motivo pelo qual o decreto regulamentador conferiu a proibição de renúncia e da reversibilidade em relação às aposentadorias.

A interpretação acima se daria em prol do direito do segurado, que proibiria, sem justa causa, a administração pública de interromper o benefício de caráter alimentar – que provê a subsistência – quando completado por ato administrativo regular, vale dizer, ato jurídico perfeito incorporado ao patrimônio do beneficiário. Oferece-se segurança jurídica ao aposentado ao garantir o direito fundamental à aposentadoria, previsto no art. 7º, XXIV, da Constituição Federal (CF/88). Noutros termos: a vedação, a renúncia e a reversibilidade protegeriam o segurado em face do Estado, que seria proibido de excluir, reverter ou revogar a aposentadoria, assim como de negar direitos mais vantajosos ao segurado.

¹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 692.

Essa é a posição de Martinez¹³ ao afirmar que, compondo o patrimônio jurídico do indivíduo, o ato jurídico perfeito não deve ser usado contra o próprio segurado, formando condição engessadora do direito de legitimamente melhorar de vida.

Na idêntica diretriz, Serau Junior¹⁴ afirma que a vedação, a reversão e a renúncia não podem prejudicar a quem é dirigida a segurança jurídica, uma vez que “a invocação dessa garantia constitucional (ato jurídico perfeito) só pode ocorrer em favor do segurado-administrado, não no sentido inverso, em seu prejuízo, afastando uma posição jurídica que lhe é mais favorável”.

Ademais, doutrina majoritária e o STJ¹⁵ consideram que a aposentadoria tem nítido caráter de direito patrimonial disponível e, por isso, poderia ser objeto de renúncia e reversibilidade, mormente quando em prol de melhoria de condição de vida ao segurado.

1.2.2 Falta de fundamentação legal

Por inexistir lei que permita a desaposentação através da renúncia de benefício previdenciário em prol de outro mais vantajoso, não é possível o requerimento perante o INSS. A própria autarquia utiliza interpretação que veda novos benefícios ao trabalhador aposentado para negar a concessão, conforme dispõe o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Ademais, o Decreto regulamentador nº 3.048/99, no seu art. 181-B, conforme visto alhures, proíbe a renúncia, admitindo a desistência somente até o recebimento do primeiro pagamento ou o saque de fundo trabalhista.

Por outro lado, a interpretação acima, após o fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do direito, inclusive o previdenciário, não deveria ser feita a partir do positivismo clássico, como se a lei fosse completa e imune à primazia do texto constitucional.

Vigora, atualmente, a noção de juridicidade administrativista que vincula diretamente a administração pública à supremacia formal e material da Constituição com normas, princípios e objetivos com força vinculante, amoldando as ramificações do direito. Nos dizeres de Gustavo Binbenbom,

¹³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

¹⁴ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 91.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1334488 SC 2012/0146387-1*, Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 8.5.2013. Publicação: 14.5.2013.

[...] a Constituição, apesar das suas características singulares, é, antes de tudo, norma jurídica, dotada de eficácia e aplicabilidade direta. O reconhecimento da força normativa da Constituição representou seguramente uma verdadeira revolução copernicana da ciência jurídica moderna, com profundas implicações em todos os ramos do direito. [...] Neste novo cenário, valoriza-se ao extremo o papel dos princípios constitucionais [...]. A doutrina contemporânea, rotulada como pós-positivista, tem enfatizado, em uníssono, a força vinculante da principiologia constitucional a constituição [...] convertendo-se em autênticas normas, situadas, pela sua importância ímpar, no patamar mais elevado da ordem jurídica. O seu alto grau de abstração torna-os, por outro turno, um importante instrumento para dinamizar o ordenamento, conferindo a este a ductibilidade necessária para acomodação de novas demandas que surgem numa sociedade em permanente mudança. [...] A partir dessa perspectiva, pode-se falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição [...]. É neste quadro geral que se fala em processo da constitucionalização do direito.¹⁶

Nesse diapasão, forte doutrina compreende a existência da constitucionalização da administração pública a favor dos direitos e valores fundamentais expressos na Carta Constitucional, alargando a interpretação da legislação previdenciária à luz da Constituição:

[...] que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado: eles são obrigatórios para o Legislativo e seu descumprimento pode levar à declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem; são obrigatórios para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados na Constituição (legalidade em sentido amplo); e são obrigatórios para o Poder Judiciário, que pode ampliar o seu controle sobre as leis e os atos administrativos, a partir da interpretação de valores que são adotados como verdadeiros dogmas do ordenamento jurídico. Houve uma ampliação no sentido da lei, no sentido de que ela passou a ser vista sob o aspecto formal, porque emana do Legislativo, e sob o aspecto material, porque ela tem o papel de realizar os valores consagrados na Constituição.¹⁷

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 62.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 5.

Por essa linha argumentativa, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, inserido no art. 1º, III, da CF/88, o objetivo de promover uma sociedade livre, justa e solidária inserto no art. 3º, I, da CF/88 e a regra constitucional específica da previdência social, insculpida no art. 201, § 11, da CF/88,¹⁸ garantem o fundamento jurídico constitucional para amparar a desaposentação ao segurado.

Isso se justifica em razão de os princípios constitucionais traçarem a possibilidade jurídica de o trabalhador aposentado ter direito a uma vida mais digna (princípio da dignidade da pessoa humana) ao melhorar sua renda mensal inicial por conta das próprias contribuições pós-aposentadoria (objetivo de construção da sociedade livre, justa e solidária) – que devem, obrigatoriamente, repercutir no valor dos benefícios – e, conseqüentemente, de sua melhor aposentadoria (incorporação das contribuições posteriores na majoração do benefício).

1.2.3 Necessidade de devolução dos benefícios já recebidos

Contudo, para que ocorra a migração saudável ao sistema de custeio, surge a corrente doutrinária e jurisprudencial que condiciona a desaposentação a uma devolução integral do benefício já recebido em razão do princípio da solidariedade.

Pauta-se na ideia de que os aposentados ativos financiariam o sistema geral e, por isso, se fazia imprescindível a devolução dos valores recebidos para que houvesse a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, visto que o trabalhador aposentado não contribuiria para financiar o seu próprio benefício, pelo contrário, sua participação no custeio teria a finalidade de viabilizar o pagamento de todos os benefícios.

A tese acima se baseia no princípio da solidariedade, insculpido no art. 195, *caput*, da CF/88, definido por Balera e Mussi¹⁹ como participação compulsória de todos os membros da sociedade, diretamente, mediante as contribuições previdenciárias, e indiretamente, pelos tributos, de modo a gerar um pacto de solidariedade entre as gerações no qual a geração anterior ampara e protege a futura. Seria da natureza da solidariedade repartir tais custos com os necessitados em nome de todo o sistema protetivo, não sendo uma poupança particular gerida exclusivamente aos interesses do trabalhador aposentado.

A corroborar a ementa de jurisprudência de Tribunal Regional Federal:

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS PELO SEGURADO-RENUNCIANTE A TÍTULO DE APOSENTADORIA PROPORCIONAL. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA ENTRE

¹⁸ § 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

¹⁹ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

SEGURADOS E DA SOLIDARIEDADE. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO SISTEMA.²⁰

O acórdão se fundamenta no raciocínio de que seria injusta a renúncia do benefício anterior pelo fato de só favorecer o segurado em prejuízo da autarquia. Além disso, a não devolução feriria a isonomia em relação aos segurados que continuaram a trabalhar sem requerer a aposentadoria, almejando o benefício na integridade ao cumprir os requisitos da legislação, o que viola o equilíbrio financeiro e atuarial por inexistir fonte de custeio.

Apesar do entendimento exposto, devemos distinguir duas hipóteses de requerimento de desaposentação a fim de averiguar a legitimidade da devolução dos proventos recebidos como maneira de compensação financeira a garantir o equilíbrio das contas.

Como bem preceituam Leitão e Meirinho,²¹ na desaposentação entre regimes diferentes, para a migração e regular aproveitamento das contribuições no tempo, essencial seria a compensação financeira para se manter o equilíbrio no financiamento. Isso ocorre porque o regime secundário que arcaria com a relação jurídico-protetiva precisa de fonte de custeio para pagar os benefícios, haja vista somente o regime primário ter recebido a renda das contribuições, sob pena de falir a saúde financeira do sistema.

A posição de Martinez²² reflete o entendimento acima quando afirma ser imprescindível o restabelecimento do “*status* inicial” do sistema jurídico de financiamento quando da desaposentação. Tal ideia surge porque a oferta de benefícios possui fundamento econômico, financeiro e atuarial inseridos num plano de previdência – no regime geral, seria de repartição simples sem a possibilidade de lucro.

Contudo, no mesmo regime, a desaposentação não lesionaria o equilíbrio financeiro, já que as contribuições após a primeira aposentadoria sequer foram previstas para o financiamento do primeiro benefício. Além do mais, com a idade mais avançada e a expectativa de vida menor, o segurado também receberia a prestação após a desaposentação por menos tempo.

Noutra toada, assim como o princípio da solidariedade, outro vetor da previdência é o da contributividade, que exige certa contraprestação entre o que se contribui e efetivamente o que se é oferecido a título de prestações previdenciárias. Assim se evidenciaria a comutatividade entre custo e benefício. Nesse sentido a jurisprudência da Suprema Corte:

O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ART.

²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Reexame Necessário nº 201250010065013*, Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Julgamento: 26.6.2013, Publicação: 19.7.2013.

²¹ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’anna. *Manual de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 442.

²² Nesse contexto, argumenta o doutrinador que as contribuições pessoais se somariam às reservas técnicas de outros financiadores – que deveriam ser parcialmente reavidas para permitir a sustentação financeira da previdência social à sombra do princípio da solidariedade.

195, § 5º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE PENSÕES E PROVENTOS: AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE. Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF.²³

Por fim, como ressalta Ibrahim,²⁴ seria inexigível a restituição dos proventos para desaposentação no mesmo regime, sob pena de se converter a consequência como um ato ilícito no qual se exige a restituição retroativa do já recebido.

1.2.4 O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal na desaposentação

A Corte Superior, em sede de recurso repetitivo,²⁵ entende que os benefícios previdenciários seriam direitos patrimoniais disponíveis, suscetíveis de desistência, sem a necessidade de devolução dos proventos já recebidos:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar. 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-MC*, Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 12.4.2009, Publicação: 12.4.2009.

²⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

²⁵ Efeito vinculante em todo o Judiciário na forma do art. 543-C do CPC, ressalvado eventual recurso extraordinário interposto.

de novo e posterior jubilamento. Precedentes do STJ. 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE. 5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução. 6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.²⁶

As razões da impossibilidade de restituição dos proventos já recebidos se fundamentam no entendimento de que a renda da primeira aposentadoria teria natureza alimentar, ou seja, serviria para a manutenção da vida, sendo irrepetível, bem como decorrente da presunção de boa-fé de um segurado ao receber o benefício de um exercício regular de um direito que não tem o condão de gerar consequências de fraude previdenciária.

No STF,²⁷ existem dois recursos extraordinários paradigmáticos envolvendo a tese da desaposentação, sob o instituto da repercussão geral, visto que são relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, por ultrapassar os interesses particulares das partes envolvidas, além de orientar e vincular os demais tribunais do Poder Judiciário.

A título de ilustração, o primeiro recurso extraordinário – de nº 661.256 – se relacionava à tese de desaposentação com a renúncia de aposentadoria proporcional a fim de obter benefício integral sem necessidade de devolução dos proventos já recebidos por suposta violação do princípio do equilíbrio atuarial e financeiro, conforme o INSS (art. 195, *caput* e § 5º, e 201 da CF/88), além de contrariar o art. 5º, XXXVI, da CF/88, segundo o qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito.

No segundo recurso extraordinário – de nº 381.367 –, de idêntico pano de fundo, o recurso é do segurado que, ao retornar à atividade, em nome do princípio da contributividade, almeja benefício previdenciário mais vantajoso nos termos do art. 201, § 11, da CF/88, segundo o qual “os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”, que seria violado pelo art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, haja vista não permitir benefícios aos aposentados trabalhadores.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1334488 SC 2012/0146387-1*, Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 8.5.2013, Publicação: 14.5.2013.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 381.367*, Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 26.10.2016, Publicação: 3.11.2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 661.256*, Relator: Roberto Barroso. Julgamento: 26.10.2016, Publicação: 3.11.2016.

Após votação controvertida, o plenário do STF sedimentou posição final contrária aos interesses do segurado (novo contribuinte) aposentado. Apesar de decisão favorável à desaposentação dos relatores dos recursos,²⁸ foi fixada a tese de repercussão geral, considerando ser inviável a majoração da renda mensal inicial da aposentadoria, por meio do recálculo contributivo, devido à ausência de legislação permissiva.

Em síntese, o STF sedimentou que, no regime geral da previdência social, somente a lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por enquanto, previsão legal do direito à desaposentação, por isso sendo declarada constitucional a regra (do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91) que veda vantagens previdenciárias aos trabalhadores aposentados.

Com base na legalidade estrita, a Suprema Corte negou o direito da renúncia do benefício previdenciário para a obtenção de nova aposentadoria mais vantajosa mediante o aproveitamento das contribuições vertidas posteriormente.

A principal base argumentativa era de que o aposentado que voltasse (ou continuasse) a contribuir agiria por solidariedade aos demais beneficiários (e financiadores) do sistema previdenciário em busca do princípio do equilíbrio atuarial e financeiro (art. 195, *caput* e § 5º, e 201 da CF/88), ignorando o princípio da contributividade e, em certo ponto, a equidade na forma de participação do custeio, princípio fundamental do custeio previdenciário (art. 1º da Lei nº 8.212/91).

Afinal, seriam os aposentados, ao invés de beneficiários ou causa fundamental da proteção previdenciária, os novos agentes custeadores do sistema da seguridade social? Será que existe causalidade entre a atividade laborativa dos aposentados e o desejo de melhoria da prestação mensal com o suposto déficit orçamentário da seguridade social? Após a decisão apontada, aparentemente, a resposta seria positiva, pelo menos enquanto não haja legislação expressa permitindo a desaposentação ou novo posicionamento jurisprudencial.

Ademais, há nova controvérsia em virtude dos inúmeros julgamentos em instâncias inferiores, inclusive transitados em julgado, com recebimento de boa-fé e por ordem judicial, de numerário de caráter alimentar, pela tese jurídica da desaposentação.

Seria possível revisá-los com eventual pedido de devolução da quantia percebida após a nova decisão jurisprudencial? Entende-se negativamente. Além de ser uma repetição de indébito ilegal, tendo em vista o caráter alimentar da verba previdenciária e sua natureza irrepitível, causaria grande insegurança jurídica.

Nesse diapasão, para evitar insegurança jurídica e diante da vinculação das decisões da Suprema Corte, principalmente em nome do princípio da uniformização jurisprudencial, a melhor decisão a ser tomada pelo STF seria

²⁸ Os ministros do STF Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso votaram a favor da tese da desaposentação para que as novas contribuições sejam contabilizadas em prol da aposentadoria concedida. Consigna-se que ambos os relatores originários dos recursos extraordinários nº 381.367 e nº 661.256, ministro Luís Roberto Barroso e ministro Marco Aurélio, aqueles que com mais profundidade (e tempo) analisaram a tese, foram favoráveis aos interesses do contribuinte aposentado.

a modulação dos efeitos da nova tese firmada, em repercussão geral, fixando regra razoável e eficácia futura para produção dos efeitos da decisão.

2. REAPOSENTAÇÃO E A LEI Nº 13.183/2015

2.1 Reaposentação com aplicação da Lei nº 13.183/2015

O objeto do presente artigo envolve uma análise de uma das variáveis do instituto da desaposentação, adiante analisado, reaposentação, em convergência com os novos requisitos inseridos na nova Lei nº 13.183/2015, que criou uma modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição sem a incidência obrigatória do fator previdenciário. O seu art. 29-C instituiu a exclusão do fator previdenciário do cálculo do valor das aposentadorias no momento em que o segurado atinge uma pontuação envolvendo o somatório da idade com o tempo de contribuição. Observaremos, na íntegra, o artigo acima da Lei nº 13.183/2015:

Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for:

I – igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou

II – igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

§ 1º Para os fins do disposto no *caput*, serão somadas as frações em meses completos de tempo de contribuição e idade.

§ 2º As somas de idade e de tempo de contribuição previstas no *caput* serão majoradas em um ponto em:

I – 31 de dezembro de 2018;

II – 31 de dezembro de 2020;

III – 31 de dezembro de 2022;

IV – 31 de dezembro de 2024; e

V – 31 de dezembro de 2026.

§ 3º Para efeito de aplicação do disposto no *caput* e no § 2º, o tempo mínimo de contribuição do professor e da professora que comprovarem exclusivamente tempo de efetivo exercício de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio será de, respectivamente, trinta e vinte e cinco anos, e serão acrescidos cinco pontos à soma da idade com o tempo de contribuição.

§ 4º Ao segurado que alcançar o requisito necessário ao exercício da opção de que trata o *caput* e deixar

de requerer aposentadoria será assegurado o direito à opção com a aplicação da pontuação exigida na data do cumprimento do requisito nos termos deste artigo.²⁹

Deve-se ressaltar que o texto legal foi oriundo da Medida Provisória nº 676/2015, popularmente conhecida como o ato normativo que criou a fórmula do “85 e 95”. Em síntese, a regra estabelece a não incidência do fator previdenciário no cálculo do valor das aposentadorias quando o indivíduo atingir progressivamente, somados idade e tempo de contribuição, 85 pontos, se mulher, e 95, se homem, até 31 de dezembro de 2018.

A intenção da norma é criar uma alternativa quanto à obrigatoriedade do fator previdenciário aos trabalhadores que tenham muito tempo de contribuição, uma vez que o fator idade e a expectativa de sobrevida reduzem consideravelmente a renda mensal do benefício. Logo, os segurados obrigatórios (incluindo os trabalhadores aposentados – art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91)³⁰ que completarem os requisitos após a Lei nº 13.183/2015 teriam direito ao benefício integral sem a aplicação do fator previdenciário.

Nesse pensar, todos os aposentados do RGPS que continuassem³¹ a trabalhar e viessem a reunir os requisitos do somatório previsto na lei (85 ou 95) passariam a ter direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição sem a incidência do fator por meio do instituto da desaposentação.

Aliás, quando o segurado faz jus integralmente a novo benefício pelo fato de ter permanecido na ativa, preenchendo todos os novos requisitos, há uma variação do instituto da desaposentação, conceituado como reaposentação, nas palavras de Serau Junior,³² denominada: “hipótese em que o segurado aposentado permanece trabalhando, preenchendo por completo os requisitos para a concessão de novo previdenciário. Renuncia à primeira aposentadoria, aderindo à nova aposentadoria cujos requisitos implementou integralmente”.

Sendo assim, se o aposentado retorna ou permanece trabalhando, que é o pressuposto para requerer a desaposentação, e ocorre o preenchimento integral de requisitos que possibilitem uma nova aposentadoria mais vantajosa, ocorreria o instituto da reaposentação, já que não seria simplesmente um

²⁹ BRASIL. *Lei nº 13.183*, de 4 de novembro de 2015. Altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, para tratar da associação do segurado especial em cooperativa de crédito rural e, ainda essa última, para atualizar o rol de dependentes, estabelecer regra de não incidência do fator previdenciário, regras de pensão por morte e de empréstimo consignado, a Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, para assegurar pagamento do seguro-defeso para familiar que exerça atividade de apoio à pesca, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, para estabelecer regra de inscrição no regime de previdência complementar dos servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, para dispor sobre o pagamento de empréstimos realizados por participantes e assistidos com entidades fechadas e abertas de previdência complementar e a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13183.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 8.212*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

³¹ Ou retornassem ao trabalho.

³² SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 84.

recálculo das contribuições pós-aposentadoria para aumento da renda do benefício, mas nova causa de aposentadoria, por regras mais benéficas. Tratar-se-ia de nova aquisição de direito ao benefício mais vantajoso após o preenchimento de todas as condições criadas posteriormente por lei.

Outrossim, percebe-se o § 4º do art. 29-C da referida lei, o qual deixa claro que o direito à opção da aposentadoria sem a incidência do fator previdenciário será concedido independentemente de o segurado requerer à época do cumprimento do requisito, bastando para tanto o implemento das condições, vale ressaltar, posição pacífica do STF:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA: PROVENTOS: DIREITO ADQUIRIDO. I. – Proventos de aposentadoria: direito aos proventos na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, mesmo se requerida após a lei menos favorável. Súmula 359-STF: desnecessidade do requerimento. Aplicabilidade à aposentadoria previdenciária. Precedentes do STF. II. – Agravo não provido.³³

Nessa linha é consolidado o entendimento de que a legislação que determina a não incidência do fator previdenciário, independentemente de requerimento expresso, é passível de incorporação ao patrimônio jurídico do segurado desde quando reúna os requisitos para obtenção do benefício após a vigência da Lei nº 13.183/2015, vale dizer, 4 de novembro de 2015.

2.2 Direito adquirido no tempo

O grande sistema da seguridade social, composto por saúde, assistência e previdência, deve ser interpretado com base no art. 193 da CF/88, no qual consta que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Portanto, devemos privilegiar o direito ao trabalho e seus regulares efeitos na concessão de aposentadorias para bem interpretar a previdência social.³⁴

Nessa toada, quando se consuma o fato gerador do benefício, no caso do cumprimento dos requisitos previstos em lei para a aposentadoria voluntária sem a incidência do fator previdenciário, há direito adquirido por estarem preenchidos os requisitos para incorporação no patrimônio jurídico do segurado. Na doutrina de Carvalho Filho:

Completado o prazo, passa ele a ser titular do direito. Desse modo, pode concluir-se que, consumado o prazo fixado para determinada aposentadoria, surge para o servidor o direito adquirido ao benefício. Em face do exposto, pacificou-se o entendimento de que o direito à aposentadoria se rege pela lei da época em

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 269.407-AgR*, Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 2.8.2002, Publicação: 2.8.2002.

³⁴ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

que o servidor reuniu os requisitos para a obtenção do benefício, ainda que, por ser possível, não tenha formulado o respectivo pedido.³⁵

Portanto, o direito à aposentadoria se rege pela lei da época em que o segurado reuniu todos os benefícios, independentemente de requerimento expresso.

Aliás, o STF já se posicionou em repercussão geral no sentido de que o segurado tem direito de escolher o benefício mais vantajoso, conforme as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido, assegurando-se a possibilidade de alcançar a maior renda mensal inicial possível no cotejo entre aquela obtida e as rendas mensais que estaria percebendo na mesma data caso tivesse requerido o benefício em momento anterior. É a inteligência da decisão abaixo:

Atribuo os efeitos de repercussão geral ao acolhimento da tese do direito adquirido ao melhor benefício, assegurando-se a possibilidade de os segurados verem seus benefícios deferidos ou revisados de modo que correspondam à maior renda mensal inicial possível no cotejo entre aquela obtida e as rendas mensais que estariam percebendo na mesma data caso tivessem requerido o benefício em algum momento anterior, desde quando possível a aposentadoria proporcional, com efeitos financeiros a contar do desligamento do emprego ou da data de entrada do requerimento, respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas. Aplica-se aos recursos sobrestados o regime do art. 543-B do CPC.³⁶

Por oportuno, no mesmo sentido, o próprio legislador previdenciário, no art. 122 da Lei nº 8.213/91, objetiva assegurar o direito adquirido ao benefício mais vantajoso quando se completam todos os requisitos previstos em lei, ao afirmar que:

Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta anos, se mulher, optou por permanecer em atividade.³⁷

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p. 724.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 630.5010-RS*, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 21.2.2013, Publicação: 21.2.2013.

³⁷ BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

Nesse pensar, os aposentados que, ainda na vida laborativa (e contributiva), viessem a reunir os requisitos do somatório previsto na Lei nº 13.183/2015, independentemente de requerimento expresso, passariam a ter direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição sem a incidência do fator quando preenchida totalmente a condição da nova legislação.

Caberia no requerimento judicial de reaposentação tese parecida, mas não idêntica, da desaposentação já enfrentada, momento em que, uma vez mais, o Judiciário terá a oportunidade de responder ao anseio do segurado aposentado em obter o benefício previdenciário mais vantajoso possível, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da contributividade.

Talvez só assim, não somente na análise da solidariedade contributiva, contribuiremos para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A desaposentação, instituto do direito previdenciário, possui caráter de direito fundamental, conforme o art. 6º, XXIV, da CF/88, e visa garantir a dignidade da pessoa humana, vale dizer, fundamento da República (art. 1º, III, da CF/88), à luz do princípio da contributividade, no qual cria legítima expectativa de melhoria da renda da aposentadoria pelas contribuições posteriormente vertidas.

Ocorrida dentro do mesmo regime previdenciário, não obrigaria a devolução dos proventos já recebidos porque no benefício de aposentadoria originário sequer havia previsão de novas contribuições para próprio custeio. Ademais, o sistema previdenciário, além de receber novas contribuições, não mais arcaria com a relação prestacional do benefício previsto para durar toda a expectativa de vida do segurado, que, decerto, seria mais curta pela idade mais avançada quando do requerimento judicial da desaposentação.

Decerto que o plenário do STF sedimentou posição final contrária aos interesses do segurado (ou contribuinte) aposentado da desaposentação, considerando ser inviável a majoração da renda mensal inicial da aposentadoria, por meio do recálculo contributivo, devido à ausência de legislação permissiva.

Contudo, diante dos inúmeros julgamentos em instâncias inferiores, inclusive, transitados em julgado, com recebimento pelos jurisdicionados de boa-fé e por ordem judicial de numerário de caráter alimentar, a melhor decisão a ser tomada seria a modulação dos efeitos da nova tese firmada, em repercussão geral, fixando regra razoável e eficácia futura para produção dos efeitos da decisão.

Inobstante, a novíssima Lei nº 13.183/2015 estabeleceu a regra da não incidência do fator previdenciário no cálculo do valor das aposentadorias quando o indivíduo atingir progressivamente, somados idade e tempo de contribuição, 85 pontos, se mulher, e 95, se homem.

A recente alteração legislativa abriu as portas para um benefício distinto, desde que implementados todos os requisitos previstos na nova lei, que teria o poder de alcançar os segurados aposentados que se amoldassem à nova regra.

Nesse sentido, surgiria a reaposentação (uma variação da desaposentação) e uma espécie de nova aquisição de direito ao benefício mais vantajoso após o preenchimento de todas as condições criadas por lei, especialmente a legislação que dispensou a exigência do fator previdenciário.

Conclui-se, ante os argumentos expostos, que os aposentados que viessem a reunir os requisitos do somatório previsto na Lei nº 13.183/2015, independentemente de requerimento expresso, passariam a ter direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição sem a incidência do fator, quando preenchida totalmente a condição da nova legislação.

Caberia no requerimento judicial de reaposentação tese parecida, mas não idêntica, da desaposentação já enfrentada, momento em que, uma vez mais, o Judiciário terá a oportunidade de responder ao anseio do segurado aposentado de obter o benefício previdenciário mais vantajoso possível, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da contributividade.

Portanto, os segurados aposentados que completarem os requisitos após a Lei nº 13.183/2015 fariam *jus* ao benefício integral sem a aplicação do fator previdenciário, por meio de demanda judicial pleiteando a reaposentação, a fim de garantir o direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso. Talvez só assim contribuiremos para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. *Decreto nº 3.048*, de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. *Lei nº 13.183*, de 4 de novembro de 2015. Altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, para tratar da associação do segurado especial em cooperativa de crédito rural e, ainda essa última, para atualizar o rol de dependentes, estabelecer regra de não incidência do fator previdenciário, regras de pensão por morte e de empréstimo consignado, a Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, para assegurar pagamento do seguro-defeso para familiar que exerça atividade de apoio à pesca, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, para estabelecer regra de inscrição no regime de previdência complementar dos servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, para dispor sobre o pagamento de empréstimos realizados por participantes e assistidos com entidades fechadas e abertas de previdência complementar e a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13183.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. *Lei nº 8.212*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1334488 SC 2012/0146387-1*, Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 8.5.2013, Publicação: 14.5.2013.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-MC*, Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 12.4.2009, Publicação: 12.4.2009.

_____. *Recurso Extraordinário nº 269.407-AgR*, Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 2.8.2002, Publicação: 2.8.2002.

_____. *Recurso Extraordinário nº 381.367*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 26.10.2016, Publicação: 3.11.2016.

_____. *Recurso Extraordinário nº 579.951*, Relator: Ministro Ricardo Lewandowsky. Julgamento: 20/08/2008, Publicação: DOU 24/10/2008.

_____. *Recurso Extraordinário nº 630.5010-RS*, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 21.2.2013, Publicação: 21.2.2013.

_____. *Recurso Extraordinário nº 661.256*, Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 26.10.2016, Publicação: 3.11.2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Reexame Necessário nº 201250010065013*, Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Julgamento: 26.6.2013, Publicação: 19.7.2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. *Desaposentação: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. *Manual de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



*CIVIL,
CONSUMIDOR E
PROCESSO CIVIL*

A REUNIÃO DE AÇÕES COLETIVAS¹

JOINDER OF CLASS ACTION LAWSUITS

Ana Carolina Valverde Freixo

Pós-graduanda em Advocacia Pública e Direito (UERJ). Bacharel *magna cum laude* em Direito (UFRJ). Residente Jurídica na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.
valverde.anacarolina@gmail.com

Felippe Borring Rocha

Doutorando em Direito (UFF). Mestre em Direito (UNESA/RJ). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Civil (UFRJ).
fborring@gmail.com

Juliana Kozlowski Miguez

Bacharel em Direito (UFRJ). Advogada.
ju.k@hotmail.com

Maysa Vargas Lopes

Bacharel em Direito (UFRJ). Assessora Jurídica na Secretaria da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico do Estado do RJ. Advogada.
maysavargas@gmail.com

Thiago Dias Delfino Cabral

Mestrando em Direito Processual (UERJ). Bacharel em Direito (UFRJ). Advogado.
thiagoc_3@hotmail.com

Resumo: O presente artigo busca expor e analisar a tormentosa temática da reunião de ações coletivas que, tramitando em juízos diferentes, tratam do mesmo objeto. Ao longo do texto, verifica-se que a legislação brasileira traça algumas diretrizes sobre o tema, mas que não são capazes de estancar as discussões, tanto jurisprudenciais quanto doutrinárias, especialmente no que diz respeito à definição do juízo onde a reunião deva acontecer, à forma como as ações reunidas devam ser processadas e julgadas e à eficácia que o julgamento conjunto deva ter. Para melhor abordar a questão, além da consulta às decisões judiciais e aos trabalhos doutrinários, foram feitas entrevistas com renomados juristas brasileiros que apresentaram suas ideias sobre as possíveis formas de enfrentar essas questões.

Palavras-chave: Direito. Processual civil. Ação coletiva. Reunião de ações.

¹ Texto produzido a partir das informações levantadas ao longo dos trabalhos realizados pelo Grupo de Pesquisa sobre Tutela Coletiva do Curso de Graduação em Ciência Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito, no ano de 2013, e atualizado de acordo com o novo CPC. O referido grupo de pesquisa foi coordenado pelo professor Felipe Borring Rocha e teve a participação dos demais coautores, que, na época, eram alunos da graduação.

Abstract: This article seeks to present and analyze the very vexing subject of joining class actions that are brought in different courts, yet deal with the same subject matter. Throughout the text, it's shown how brazilian legislation provides certain guidelines on the subject, but which are not capable of putting a stop to the controversy, both in jurisprudencial and doctrinal commentaries, especially regarding court determination as to when joinder should occur; how the joined actions should be processed and adjudicated; and the effect that the combined decision should have. To best address this topic, in addition to consulting judicial decisions and doctrinal works, interviews were held with renowned brazilian jurists who presented their ideas about the possible ways to address these issues.

Keywords: Law. Civil Procedure. Class Action. Lawsuit joinder.

INTRODUÇÃO

A nossa sociedade, desde o final do século XX, encontra-se inserida em um processo permanente e progressivo de globalização, marcado por uma profunda integração econômica, social, cultural e política. Embora seja inegável reconhecer que tenham trazido inúmeros benefícios para as nações envolvidas, as mudanças operadas foram responsáveis também pelo surgimento de alguns desafios que demandam novas soluções, inclusive na seara da prestação da tutela jurisdicional. Dentre as novas questões surgidas, destacam-se a massificação dos danos e o crescimento das lesões aos interesses transindividuais.

Com efeito, a massificação dos danos está intimamente ligada à globalização e ao intenso desenvolvimento industrial de nossa sociedade. Isso porque, se um vício é encontrado em um produto produzido em escala global, uma vasta quantidade de pessoas sofrerá as consequências desse defeito. O segundo aspecto, por sua vez, é relacionado à evolução tecnológica e às novas percepções da sociedade. Se antes não nos preocupávamos com o meio ambiente e com o patrimônio histórico-cultural, hoje percebemos que qualquer lesão causada a esses bens deve ser veementemente repudiada.

Como não poderia ser diferente, uma das formas primordiais para enfrentar esses desafios é por meio das ações coletivas. Esses instrumentos milenares² foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e se inserem, ao lado de outras ferramentas, como os julgamentos repetitivos de recursos excepcionais (arts. 1.036 a 1.041 do CPC), o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 993 do CPC) e o incidente de assunção da competência (art. 947 do CPC), dentro de um novo modelo de tutela jurídica dos conflitos de massa.

Apesar de o Brasil ter sido um dos países que mais investiu, do ponto de vista normativo, no desenvolvimento da tutela coletiva nas últimas décadas, é preciso reconhecer que ainda existem alguns obstáculos a impedir a plena eficácia desse mecanismo de tratamento dos conflitos de massas. Pois é exatamente

² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comprado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

nesse quadrante que se sobressai a tormentosa discussão sobre a reunião de ações coletivas que versem (total ou parcialmente) sobre o mesmo tema.

De fato, não é raro encontramos ações coletivas tratando do mesmo objeto, tramitando, simultaneamente, em juízos diferentes. Essa situação é causada não apenas pelo fato de termos um extenso rol de legitimados para a propositura das ações coletivas, cuja legitimidade é concorrente e plúrima, mas também porque elas devem ser propostas nos locais onde o dano coletivo puder produzir efeitos. Nesses casos, de uma forma geral, a legislação brasileira determina que a reunião das demandas coletivas ocorra perante o juízo preventivo, consoante o teor do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), e do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.714/65).

Não obstante, existe uma previsão complementar no inciso II do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor que estabelece alguns critérios para definição do juízo competente para a propositura das ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos, quando os danos ultrapassarem os limites territoriais de uma localidade:

Art. 93. 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 do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Além disso, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) ampliou significativamente as hipóteses de conexão, modificou a regulamentação sobre a continência (arts. 55 a 58) e fixou um novo referencial para a definição da prevenção (art. 59). Por outro lado, todas essas regras têm que conviver com a limitação prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, que diz que a “sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

O resultado da conjugação desses comandos legais é a proliferação de controvérsias, tanto jurisprudenciais quanto doutrinárias, em torno da questão sobre a reunião, perante um mesmo juízo, de ações coletivas construídas sobre um tema comum.

Destarte, o objetivo deste estudo é buscar apresentar a descrição do panorama atual sobre o assunto e delinear quais seriam as possíveis soluções para melhor equacioná-lo, à luz do ideário do acesso à justiça. Para tanto, além da pesquisa em julgados e textos doutrinários, foi incluída uma nova abordagem na análise da problemática debatida, através da realização de entrevistas com renomados juristas especializados na matéria.

1. A IMPORTÂNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS

Em razão da necessidade de dar tratamento coletivo às questões transindividuais surgidas nos últimos tempos, diversos países implementaram, em

seus ordenamentos jurídicos, diferentes regras voltadas a tutelar o interesse coletivo pela via jurisdicional.³ Nessa conjuntura, surgiu o que, atualmente, se denomina de direito processual coletivo.

Um dos defensores mais enfáticos desse novo tipo de tutela foi Mauro Cappelletti, que, ao perquirir sobre os principais problemas para a efetivação dos direitos subjetivos, identificou três barreiras ao acesso à justiça e propôs soluções para superá-las. Essas soluções foram chamadas de “ondas renovatórias do direito”.⁴ Na visão de Cappelletti,⁵ a tutela coletiva, enquanto componente da segunda onda renovatória do acesso à justiça, representa um dos instrumentos mais importantes para a proteção e efetivação das garantias fundamentais por meio do tratamento amplo e adequado dos direitos e interesses metaindividuais.

Além da utilização da tutela coletiva como meio para o efetivo acesso à justiça, como bem lembra Leonardo Santana de Abreu,⁶ o processo coletivo está intimamente ligado ao princípio do acesso à justiça e ao princípio econômico. De fato, no âmbito do processo coletivo, busca-se otimizar ao máximo os procedimentos e atos processuais na busca da realização da justiça. Ademais, as ações coletivas permitem a provocação do Estado para dirimir conflitos de massa que, no plano individual, não seriam submetidos à apreciação jurisdicional ou não receberiam tratamento adequado.

Outro aspecto importante das ações coletivas é a maior segurança que elas proporcionam para o ordenamento jurídico. Explica-se: uma das consequências da massificação dos danos é o aumento exponencial de ações ajuizadas no Judiciário para reparação dessas lesões. Consequentemente, juizes dos mais diversos rincões do país analisarão a questão, o que acarretará sentenças favoráveis aos lesados e outras desfavoráveis.⁷

Ademais, por meio das ações coletivas, é possível também promover uma paridade das armas no processo civil, pois

[...] a possibilidade dos interesses e direitos lesados serem defendidos concomitantemente faz com que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar.⁸

³ ABREU, Leonardo Santana de. *Processos coletivos*. Porto Alegre: HS, 2012, p. 13.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 7-13.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 65-73.

⁶ ABREU, Leonardo Santana de. *Processos coletivos*. Porto Alegre: HS, 2012, p. 13.

⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comprado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comprado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

2. ALGUNS DESAFIOS DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

A Constituição da República de 1934, em seu art. 113, instituiu a primeira ação coletiva em nosso ordenamento: a ação popular. Entretanto, a consagração do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual em nosso ordenamento jurídico só ganhou força recentemente, com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que inaugurou uma nova fase na tutela dos interesses transindividuais.⁹

Na atualidade, o direito processual coletivo brasileiro encontra sua base constitucional no art. 5º, XXI, que conferiu legitimidade às associações para apresentarem, judicial ou extrajudicialmente, seus filiados; no art. 5º, LXXIII, que pôs a ação popular como garantia constitucional; no art. 5º, LXIX, que dispôs sobre o mandado de segurança coletivo; no art. 8º, que estatui a legitimidade do sindicato para defender os interesses da classe; e no art. 129, III, que tratou da ação civil pública. Ressalta-se, ainda, que o microsistema próprio da tutela dos direitos coletivos foi significativamente reforçado, posteriormente, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que dedicou grande parte de seu Título III à tutela coletiva.

O processo de desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil, contudo, não ficou imune a uma série de obstáculos que surgiram em função de questões técnico-processuais, notadamente em decorrência da incompatibilidade de algumas regras individualistas previstas no Código de Processo Civil com a realidade coletiva. Além disso, o Poder Executivo, em certas situações, por razões não jurídicas, posicionou-se claramente em sentido contrário à “coletivização” do direito processual. Essa postura pode ser facilmente divisada na análise das medidas provisórias editadas sobre o tema, flagrantemente limitadoras da efetividade dos instrumentos de tutela coletiva, dentre as quais se destacam a Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e a Medida Provisória nº 1.570-5/97 (posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97).

Associada a esses problemas, é preciso considerar também a carência organizacional do Poder Judiciário brasileiro para o enfrentamento dos conflitos transindividuais. Poucos são os tribunais que dispõem, por exemplo, de vara especializada em ações coletivas ou equipes multidisciplinares para assessorar os magistrados no enfrentamento de questões técnicas de maior complexidade. Além disso, esse novo ramo processual ainda não foi integralmente assimilado por parte dos aplicadores do direito, que acabam por interpretar as regras coletivas pelas lentes construídas para lidar com conflitos individuais.

Por fim, verifica-se ainda que a tutela coletiva no Brasil é disciplinada por diversas leis extravagantes, o que compromete o funcionamento simétrico e estruturado dos mecanismos. Por essa razão, autores como Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes¹⁰ reafirmam a importância de consolidar as regras sobre tutela coletiva, conferindo a elas um corpo uniforme, capaz de promover uma proteção mais efetiva dos direitos e interesses transindividuais.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 49.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 8.

3. A COMPETÊNCIA COLETIVA

Para compreendermos a problemática da reunião nas ações coletivas, primeiramente, precisamos delinear, ainda que brevemente, o conceito de competência, pois a ocorrência da identidade de demandas ocasionará sua modificação. Deve-se atentar que o conceito tradicional de competência, definido por Enrico Tullio Liebman¹¹ como a quantidade de jurisdição delegada a um determinado órgão, é considerado como superado. A percepção atual é de que a jurisdição é una e não é possível fragmentá-la entre os órgãos. De fato, a doutrina mais moderna vem associando a competência à divisão de tarefas para o exercício do poder jurisdicional. Nessa linha, Humberto Dalla Bernadinho de Pinho¹² define competência como “o limite em que cada órgão jurisdicional exerce, de forma legítima, tal função conferida ao Estado”. Sérgio Bermudes,¹³ por sua vez, conceitua esse instituto como “o âmbito de atuação de cada órgão jurisdicional”.

Por outro lado, na esteira do pensamento de Giuseppe Chiovenda,¹⁴ é possível dividir a competência usando três critérios: objetivo, funcional (hierárquico) e territorial. A competência objetiva, por sua vez, é subdividida em competência material (*ratione materiae*) e competência em razão do valor (*ratione valoris*). Para os fins do presente estudo, interessa, sobretudo, a conceituação da competência territorial (competência de foro), uma vez que a reunião de ações implica o deslocamento espacial de parte das ações reunidas. Assim, a competência territorial pode ser vista como a atribuição legal para o julgamento de uma causa a algum dos diversos órgãos jurisdicionais, levando em conta a divisão do território nacional em circunscrições judiciárias.¹⁵

A competência territorial, no que tange à tutela coletiva, está regulada no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, que afirma ser competente para processar e julgar a ação coletiva o “foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.¹⁶ Importante que se diga que o art. 2º da Lei da Ação Civil Pública confunde conceitos, na medida em que se refere à competência territorial como sendo funcional, quando na verdade seu objetivo é atribuir à competência territorial a natureza absoluta (inderrogável e cognoscível de ofício).¹⁷

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 55.

¹² PINHO, Humberto Dalla Bernadinho de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. I, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201.

¹³ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 63.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 154.

¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146.

¹⁶ Essa determinação, em razão da centralidade da Lei da Ação Civil Pública no microsistema das ações coletivas, funciona como uma regra geral sobre competência desse tipo de demanda.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 219. Sobre o tema, veja-se: “Em síntese, qualquer que seja o sentido que se queira dar à expressão ‘competência funcional’ prevista no art. 2º, da Lei 7.347/1985, mister preservar a vocação pragmática do dispositivo: o foro do local do dano é uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova. E se é assim, a competência posta nesses termos é de ordem pública e haverá de ser absoluta – inderrogável e improrrogável pela vontade das partes” (STJ – 2ª Turma – RESP 1.057.878/RS – Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 26.5.2009).

Apesar de ter adotado a competência territorial de natureza absoluta, a Lei da Ação Civil Pública, no parágrafo único do mesmo artigo, prevê a obrigatoriedade de reunião das ações coletivas com o mesmo objeto no juízo prevento. Diz a lei: “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”.¹⁸ O problema é que a reunião de ações por meio da prevenção é uma característica relacionada à competência territorial relativa. A solução para conjugar essas duas diretrizes é reconhecer a existência, na tutela coletiva, de uma competência territorial absoluta especial, passível de cognição de ofício e inderrogável, exceto nos casos em que seja necessária a sua reunião com outras ações coletivas.¹⁹

Dessa forma, na hipótese de ocorrer o dano em mais de uma comarca, a fixação da competência entre ações coletivas conexas será resolvida pela prevenção. Note-se que, durante a vigência do CPC de 1973, existiam diferentes critérios para a definição do juízo prevento (arts. 106, 219 e 253), o que gerava algumas dúvidas e incertezas. Com a edição do novo CPC, entretanto, a questão ficou muito mais simples e objetiva: a prevenção é determinada pelo registro ou pela distribuição da petição inicial (art. 59).

4. O PANORAMA ATUAL DA REUNIÃO DE AÇÕES COLETIVAS

No direito brasileiro, a reunião de ações se dá em dois níveis: por conexão ou por continência. De acordo com o art. 55 do Código de Processo Civil, “reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”. Segundo Leonardo Greco,²⁰ a conexão representa a semelhança que existe entre duas ou mais ações em curso que o legislador descreve para determinar o julgamento conjunto. Trata-se, portanto, de regra cogente, que pode ser conhecida de ofício pelo magistrado. Ainda assim, a reunião de ações por conexão pode não ser realizada se o julgador entender que implicará prejuízo ao andamento do processo e que os riscos inerentes a julgamento em separado são toleráveis.²¹

Para Fredie Didier Jr.,²² a conexão capaz de gerar a modificação da competência tem por objetivo promover a eficiência processual e a segurança jurídica. Exatamente por isso, a conexão recebeu significativa ampliação no novo CPC, que expressamente permitiu a reunião entre a ação de execução de

¹⁸ Essa mesma disciplina pode ser encontrada na Lei da Ação Popular (art. 5º, § 3º) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 93).

¹⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. IV, 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 153.

²⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. Vol. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 230.

²¹ DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 236. Em sentido contrário, sustentando a obrigatoriedade da reunião, veja-se: GALDINO, Flávio. Comentários ao art. 55. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 103.

²² DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 230.

título extrajudicial e a ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico,²³ bem como entre execuções fundadas no mesmo título executivo, e a reunião para julgamento conjunto dos processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, dentro daquilo que é conhecido como conexão por afinidade (art. 55, §§ 2º e 3º).

Já a continência é tratada no art. 56 do CPC, que assim a descreve: “dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais”. A continência, desse modo, representa uma modalidade especial de conexão, mais intensa e abrangente, que beira a litispendência. Não por outro motivo, o art. 57 do mesmo diploma estabeleceu que, se houver continência entre duas ações e a ação contida (ação com pedido “menor”) tiver sido proposta posteriormente à ação continente (ação com pedido “maior”), aquela será encerrada sem resolução de mérito. Caso a ação contida tenha sido proposta antes, a reunião dela com a ação continente é obrigatória.

No caso das ações coletivas, o parágrafo único do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, ao tratar da reunião de ações, não menciona a conexão ou a continência, mas destaca a necessidade de similitude entre as causas de pedir ou entre os objetos (pedidos). Essa redação basicamente reproduz o conteúdo do art. 103 do CPC de 1973,²⁴ que especificamente definia a conexão. Assim, necessário enfrentar dois questionamentos: (i) em matéria de tutela coletiva, a reunião de ações se submete também às regras de continência, apesar de não mencionada no parágrafo único do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública?; (ii) as hipóteses de conexão previstas no novo CPC (art. 56), mas não indicadas no parágrafo único do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, são aplicáveis às ações coletivas?

Entendemos que ambas as questões devem ser respondidas de forma afirmativa, dentro da técnica hermenêutica conhecida como diálogo das fontes.²⁵ Com efeito, a Lei da Ação Civil Pública tem mais de 30 anos e o parágrafo único do seu art. 2º, quase 20 anos. Nesse ínterim, a ciência processual evoluiu e ampliou o alcance da reunião de ações, seguindo uma tendência internacional.²⁶ Por isso, o modelo sufragado pelo novo CPC, dotado de maior efetividade e abrangência do que aquele previsto na Lei da Ação Civil Pública, deve ser também aplicado às ações coletivas, à luz dos novos parâmetros da her-

²³ Essa hipótese já era aceita pelo STJ. Nesse sentido, veja-se: “A jurisprudência emanada pela Primeira Seção deste sodalício é uníssona ao assentar a competência da Justiça Federal para processar e julgar, por conexão, execução hipotecária e consignação em pagamento tratando de contrato de financiamento para aquisição de casa própria, regido pelo SFH, com a presença da Caixa Econômica Federal – CEF na contenda” (STJ – 1ª Seção – CC 55.584/SC – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 12.8.2009).

²⁴ Art. 103 do CPC de 1973: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 10.

²⁶ OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Comentários ao art. 55. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 216.

menêutica jurídica.²⁷ De fato, é insustentável que, no microsistema coletivo,²⁸ onde existe um relevante interesse público na proteção dos direitos metaindividuais, o processo possa ficar com um regime defasado em comparação com as ações individuais.

É preciso reconhecer, no entanto, que durante a vigência do CPC de 1973, a jurisprudência apresentava alguma resistência à aplicação de uma perspectiva mais ampla da conexão às ações coletivas. Nesse sentido, apenas no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, podemos destacar os seguintes julgados:

Com efeito, a mera afinidade de questões não induz conexão, não havendo motivo para justificar a reunião dos feitos (TJRJ – 5ª Câmara Cível – AI 0052744-84.2011.8.19.0000 – Rel. Des. Claudia Telles de Menezes, j. em 11/10/2011)

Mera afinidade de circunstâncias de fato não configura conexão (TJRJ – 13ª Câmara Cível – AC 0014443-39.2011.8.19.0042 – Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, j. em 03/10/2012)

Pretensão de instauração de *simultaneus processus* por conexão entre o processo em que foi aviada esta apelação e 356 outros ajuizados pela Promotoria de Tutela Coletiva de Petrópolis. Rejeição da preliminar, pois esta demanda tem como remota causa de pedir alegado “deslizamento” em determinado imóvel residencial e as outras 355 ações referem-se a ocorrências diversas. Situações fáticas absolutamente individualizadas que não representam mínimo risco de decisões conflitantes (TJRJ – 17ª Câmara Cível – AC 0014671-14.2011.8.19.0042 – Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. em 19/10/2011)

Conexão inexistente. Ação principal que tem por objeto o fornecimento de água em bairro de Jardim Catarina. Interesse local que pode ser defendido pelo Parquet. Ação proposta pela Comissão de Defesa do Consumidor da Alerj que postula a regularização do fornecimento na região metropolitana. Ausência de qualquer impedimento do principal legitimado à propositura da ação civil pública de ajuizar demanda com o objeto menor (TJRJ – 10ª Câmara Cível – AI 0051373-85.2011.8.19.0000 – Rel. Des. Gilberto Dutra Moreira, j. em 04/10/2011).

²⁷ MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord.). *Ação popular: aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006, p. 408.

²⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord.). *Ação popular: aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006, p. 408.

Portanto, mesmo sob risco de decisões conflitantes, é possível afirmar que a maioria dos tribunais inferiores no Brasil somente aceitava proceder à reunião de ações coletivas quando a identidade entre o objeto delas fosse “bastante significativa”.²⁹ É preciso considerar, não obstante, que uma das razões que embasavam essa postura restritiva estava relacionada ao fato de que muitas vezes os réus alegavam a conexão como estratégia de defesa para tumultuar o processo coletivo e postergar a aplicação da tutela jurisdicional. Ainda assim, no embate entre os interesses em jogo, afigura-se como prioritária a reunião das ações coletivas, sempre que possível, não apenas para evitar decisões conflitantes, mas também para promover uma concentração da atuação judicial.

Exatamente por isso, ainda sob a égide do CPC de 1973, o STJ vinha adotando orientação mais flexível, permitindo a reunião de ações coletivas, diante do risco *in abstracto* de decisões conflitantes, para privilegiar o interesse público na tutela coletiva. Nesse sentido, merecem destaque os seguintes julgados:³⁰

PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES POPULARES AFORADAS PERANTE JUÍZOS DIFERENTES, MAS TODOS COM COMPETÊNCIA TERRITORIAL E VISANDO O MESMO OBJETIVO. CONFIGURAÇÃO DA CONEXÃO E A COMPETÊNCIA FIXADA PELA PREVENÇÃO. [...] Para caracterizar a conexão (arts. 103 e 106 do CPC), na forma em que está definida em lei, não é necessário que se cuide de causas idênticas (quanto aos fundamentos e ao objeto); basta que as ações sejam análogas, semelhantes, visto como o escopo da junção das demandas para um único julgamento é a mera possibilidade da superveniência de julgamentos

²⁹ No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, essa percepção pode ser identificada nos seguintes julgados: AI 0025900-63.2012.8.19.0000, AC 0026015-84.2012.8.19.0000, AI 0025804-48.2012.8.19.0000, AC 0015087-79.2011.8.19.0042 e AI 0064164-86.2011.8.19.0000. Mas, mesmo dentro desse tribunal, o tema não era pacífico. Em algumas decisões se aceitava a conexão por afinidade. Nesse sentido, vejam-se: “Ação civil pública ajuizada pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Petrópolis. Observa-se dos autos que todas as 356 ações apreciadas pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis, possuem as mesmas partes, mesmos pedidos e causas de pedir remotas, alterando-se tão somente o endereço do local sob o alegado risco de desabamento. A reunião das demandas, no presente caso, torna-se necessária em razão do perigo de surgimento de decisões contraditórias. Assim sendo, a reunião dos feitos, nos termos do art. 103, do CPC é medida que se impõe” (TJRJ – 12ª Câmara Cível – AC 0014461-60.2011.8.19.0042 – Rel. Des. Lucia Miguel S. Lima, j. em 17.1.2012); “1. Ambas as ações apoiam-se na mesma narrativa de fatos, caracterizando a conexão objetiva pela causa petendi. Ademais, há vínculo entre os elementos concretos do pedido, porquanto as ações têm por objeto o mesmo bem da vida. 2. A relação de conexão entre as demandas, a toda evidência, está caracterizada, de modo que deve ser aplicada a norma do art. 102 do CPC, que trata da modificação da competência pela conexão. 3. No caso *sub studio*, a reunião dos processos não é mera faculdade do juízo, porquanto há risco de decisões contraditórias que possa atentar contra a segurança das relações jurídicas, comprometendo a credibilidade das decisões judiciais” (TJRJ – 4ª Câmara Cível – AI 0023992-78.2006.8.19.0000 – Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, j. em 6.2.2007).

³⁰ No STJ, com esse pensamento, ver também: REsp 208.680/MG, AgRg no CC 64.732/BA, CC 57.558/DF e CC 107932/MT.

discrepantes, com prejuízos para o conceito do Judiciário, como Instituição. A interpretação literal, estrita do preceito legal expungiria, do direito pátrio, o instituto da prevenção, nas ações populares. A compreensão e o sentido do dispositivo indicado (art. 5º, § 3º) não devem ser buscados em conjunção com o Código de Processo, que, como se sabe, define os princípios processuais aplicáveis, também, às leis extravagantes. O malefício das decisões contraditórias sobre a mesma relação de direitos consubstancia a espinha dorsal da construção doutrinária inspiradora do princípio do *simultaneous processus* a que se reduz a criação do *forum connexitatis materialis*. O acatamento e o respeito às decisões da Justiça constituem o alicerce do Poder Judiciário que se desprestigiaria na medida em que dois ou mais Juízes proferissem decisões conflitantes sobre a mesma relação jurídica ou sobre o mesmo objeto da prestação jurisdicional. A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas preexista um liame que as torne passíveis de decisões unificadas (STJ – 1ª Seção – CC 22.123/MG – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 14/04/1999)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONEXÃO. IDENTIDADE DE OBJETO VERIFICADA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A reunião de processos em virtude de conexão se justifica ante a possibilidade de decisões discrepantes em causas cujo objeto ou causa de pedir são comuns. In casu, verifica-se a identidade de objeto entre as duas ações populares, haja vista que ambas objetivam a declaração de nulidade das nomeações para cargos em comissão criados pelas Leis 3.108/97 e 3.133/97, bem como o ressarcimento dos valores gastos com as contratações” (STJ – 5ª Turma – REsp 685.398/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 03/04/2007)

De qualquer modo, a reunião das ações coletivas por conexão ou continência deve ocorrer perante o juízo prevento, no qual se deu primeiro o registro ou distribuição da petição inicial, para que sejam decididas simultaneamente (arts. 58 e 59 do CPC/2015). Apesar da determinação legal, é importante registrar que, se houver interesse federal em pelo menos uma das causas coletivas, a reunião das ações deve ser feita perante a Justiça federal (art. 109 da CF; art. 5º, § 2º, da LAP; e art. 93 do CDC). Desse modo, caso existam duas ações coletivas conexas, uma tramitando na Justiça federal e outra na Justiça estadual, ainda que esta tenha sido proposta primeiro, a reunião se dará no juízo

federal.³¹ O mesmo raciocínio se aplica às chamadas Justiças especializadas (Justiça Eleitoral, Militar e Trabalhista). Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

Não obstante, é assente nesta Corte que dano ambiental causado em rios da União indica o interesse desta nas demandas em curso, a arrastar a competência para o julgamento das ações para a Justiça Federal (STJ – 1ª Seção – CC 39.111/RJ – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 13/12/2004)

Ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal. Competência da Justiça Federal. Art. 109, I e § 3º, da Constituição. Art. 2º da Lei 7.347/85. [...] No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que, ao revés, se limitou, no art. 2º da Lei 7.347/85, a estabelecer que as ações nele previstas ‘serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa’. Considerando que o juiz federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu (STJ – 1ª Seção – CC 105.196/RJ – Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 09/12/2009)

Não havendo intervenção da União ou de órgãos da administração federal, nem notícia da repercussão de possível dano ambiental no território ou em outro Estado da Federação, somando-se ao fato de que a ação civil

³¹ Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado: “CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. REAJUSTE DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO POPULAR AJUIZADA NA JUSTIÇA FEDERAL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA ESTADUAL. REMESSA DOS AUTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AO JUÍZO FEDERAL. ACOLHIMENTO DA COMPETÊNCIA” (STJ – 1ª Seção – CC 49815/CE – Min. Rel. Denise Arruda, j. 14/12/2005). Parcela minoritária da doutrina, entretanto, sustenta que não deveria haver reunião de ações coletivas, quando as competências originárias delas forem de Justiças diferentes. Nesse sentido, na doutrina, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 53. Na jurisprudência, vejam-se: “Ademais, a conexão (no caso inexistente) não determina a reunião de causas quando implicar alteração de competência absoluta e não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado” (Súmula n. 235/STJ)” (STJ – 4ª Turma – RESP 1120169/RJ – Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 20/08/2013); “A competência da Justiça Federal, fixada no artigo 109 da Constituição, é absoluta, razão pela qual não se admite sua prorrogação, por conexão, para abranger causa em que ente federal não seja parte na condição de autor, réu, assistente ou oponente” (STJ – 2ª Seção – CC 53435/RJ – Rel. Min. Castro Filho, SEGUNDA SEÇÃO, j. em 8.11.2006); “A conexão de causas não induz a competência da Justiça Federal, que só atrai para o seu âmbito as ações discriminadas no art. 109, I, da Constituição Federal; com maior razão, estão dela afastadas as demandas que sequer são conexas com aquela que tramita na Justiça Federal” (STJ – 2ª Seção – CC 51650/DF – Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 27.9.2006).

pública partiu do Ministério Público Estadual, verifica-se a falta de interesse da União, exurgindo a competência da Justiça Estadual (STJ – 1ª Seção – CC 26.367/PR – Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 22/08/2001)

Importante registrar, nesse passo, que o entendimento da Suprema Corte é no sentido de que a simples presença do Ministério Público Federal na ação coletiva não é capaz, *de per se*, de promover o deslocamento da causa para a Justiça federal. É preciso que a intervenção do *Parquet* federal se dê numa causa inserida numa competência federal (art. 109 da CF/88).³² Nesse sentido, vejam-se os seguintes arestos:

O Supremo Tribunal Federal assentou que a circunstância de figurar o Ministério Público Federal como parte na lide não é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal para o julgamento da lide (STF – 1ª Turma – AgRg no REXT 596836 – Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 10/05/2011)

É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, não havendo interesse jurídico da União Federal no feito, em se tratando de demanda entre empresa concessionária de serviço público e particular, a competência é da Justiça Estadual (STF – 1ª Turma – AgRg no AREXT 607035 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12/12/2006)

Ressalte-se, igualmente, conforme dispõe a Súmula nº 235 do STJ,³³ que não se reúnem os processos quando em um deles já houver sido proferido sentença.

Por derradeiro, cabe evidenciar que na doutrina está sedimentada a ideia de que as regras sobre o foro por prerrogativa de função não são aplicáveis às ações coletivas.³⁴ O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já firmou que, tratando-se de ação coletiva, mostra-se

[...] irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau.³⁵

³² Partilhando desse entendimento, veja-se ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 144.

³³ Súmula nº 235/STJ: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”. Essa orientação jurisprudencial foi positivada pelo novo CPC, no § 2º do art. 55.

³⁴ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

³⁵ STF – Plenário – AgRg na Rcl 2766/RN – Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27.2.2014.

5. A EFICÁCIA TERRITORIAL DA DECISÃO PREFERIDA NA HIPÓTESE DE AÇÕES COLETIVAS REUNIDAS

Conforme já visto, a reunião de ações coletivas assemelhadas deve se dar perante o juízo prevento, que, como disposto no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, terá competência para processá-las e julgá-las. Ocorre que, durante a vigência dessa lei, foi feito um acréscimo no seu art. 16, por meio de medida provisória (MP nº 1.570/97), que limitou a eficácia da decisão proferida nas ações coletivas. Apesar de evidentemente inconstitucional, o STF declarou a validade do dispositivo.³⁶ Posteriormente, essa medida provisória foi convertida na Lei nº 9.494/97 e seu comando se estabilizou. O resultado é que a vertente majoritária da jurisprudência sustenta que a coisa julgada proferida numa ação coletiva fica limitada à competência territorial do órgão em primeiro grau, mesmo que a causa venha depois a ser apreciada por um tribunal superior.³⁷

Não obstante a manifestação do STF, mais recentemente é possível encontrar decisões no STJ que flexibilizam a limitação contida no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, assinalando a possibilidade de dar alcance nacional à decisão, em decorrência da natureza do objeto ou da expressa disposição da sentença transitada em julgado. Com essa linha, veja-se:

A sentença proferida em ação civil pública, em que se condenou banco ao pagamento de diferenças de expurgos inflacionários, tem eficácia para todos os detentores de cadernetas de poupança nessa instituição bancária, independentemente de sua residência ou domicílio no juízo prolator da decisão, e mesmo que a abrangência nacional e o efeito erga omnes da sentença tenham sido afirmados na fundamentação, sem terem sido formalmente reproduzidos no dispositivo. Isso porque o dispositivo da sentença deve ser interpretado de forma coerente com a sua fundamentação (STJ – 2ª Seção – RESP-Repetitivo 1391198/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 13/08/2014)

A *res judicata* nas ações coletivas é ampla, em razão mesmo da existência da multiplicidade de indivíduos concretamente lesados de forma difusa e indivisível, não havendo que confundir competência do juiz que profere a sentença com o alcance e os efeitos decorrentes da coisa julgada coletiva. 3. Limitar os efeitos da coisa julgada coletiva seria um mitigar esdrúxulo da efetividade

³⁶ Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado: “Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de medida liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença fica restrita aos limites territoriais do órgão prolator” (STF – Plenário – ADI 1576/DF – Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16.4.1997).

³⁷ Nesse sentido, veja-se: “A sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97” (STJ – Corte Especial – AgRg no ERESP 253.589 – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 4.6.2008).

de decisão judicial em ação coletiva. Mais ainda: reduzir a eficácia de tal decisão à ‘extensão’ territorial do órgão prolator seria confusão atécnica dos institutos que balizam os critérios de competência adotados em nossos diplomas processuais, mormente quando – por força do normativo de regência do Mandado de Segurança (hígido neste ponto) – a fixação do Juízo se dá (deu) em razão da pessoa que praticou o ato (*ratione personae*).

4. Por força do que dispõem o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública sobre a tutela coletiva, sufragados pela Lei do Mandado de Segurança (art. 22), impõe-se a interpretação sistemática do art. 2º-A da Lei 9.494/97, de forma a prevalecer o entendimento de que a abrangência da coisa julgada é determinada pelo pedido, pelas pessoas afetadas e de que a imutabilidade dos efeitos que uma sentença coletiva produz deriva de seu trânsito em julgado, e não da competência do órgão jurisdicional que a proferiu.

5. Incide, *in casu*, o entendimento firmado no REsp. 1.243.887/PR representativo de controvérsia, porquanto naquele julgado já se vaticinara a interpretação a ser conferida ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (alterado pelo art. 2º-A da Lei 9.494/97), de modo a harmonizá-lo com os demais preceitos legais aplicáveis ao tema, em especial às regras de tutela coletiva previstas no Código de Defesa do Consumidor (STJ – 2ª Turma – AgRg no AgRg no Ag 1419534/DF – Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 05/11/2015)

Hipótese intrigante diz respeito à existência de conexão entre duas ações coletivas em juízos da mesma comarca com competência funcional diversa. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho,³⁸ essas ações não poderiam ser reunidas, pois a competência seria “insuscetível de modificação pela conexão ou continência, porque, nos termos da lei processual básica, tais institutos só se alteram a competência em razão do valor e do território”. Embora reconheça que esse posicionamento aumenta o risco de decisões conflitantes, o próprio autor assinala que os tribunais superiores seriam responsáveis por uniformizar as decisões no momento da apreciação dos recursos. A orientação prevalente, no entanto, é a de que o fato de as ações coletivas terem competência funcional distinta não impede a reunião perante o juízo prevento, respeitando a especialidade dos critérios funcionais.³⁹

Outro aspecto que merece uma reflexão mais profunda: como conjugar a regra que prevê a reunião das ações coletivas conexas perante o juízo

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 49.

³⁹ Nesse sentido, veja-se: “Diante da evidente conexão entre as ações veiculadas por clubes desportivos vindicando mesma vaga ao certame do Campeonato Brasileiro de Futebol da Série C, e tratando-se de hipótese de mera competência territorial, impõe-se a reunião dos processos no foro do juízo onde ocorreu a primeira citação válida (art. 219 do CPC)” (STJ – 2ª Seção – CC 122.922/AC – Min. Rel. Marco Buzzi, j. em 8.5.2013).

prevento, conforme determina o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Ação Civil, nas hipóteses de essas ações terem sido propostas em juízos com a competência territorial distinta, com a determinação contida no art. 16 da mesma lei? A aplicação literal das regras, nesse caso, levaria à ineficácia das ações coletivas que tiveram a competência deslocada para o juízo prevento. Numa ilustração, teríamos o seguinte quadro: uma ação coletiva proposta em São Paulo reunida com outra ação coletiva, ajuizada no Rio de Janeiro, somente ali produziria efeitos, deixando os interessados coletivos de São Paulo à míngua da tutela jurisdicional.

A solução sufragada pela doutrina,⁴⁰ então, foi reconhecer que a decisão proferida sobre as ações coletivas reunidas produziria efeitos não apenas nos limites territoriais do órgão prolator, mas também nos limites territoriais dos órgãos onde essas ações tenham sido originariamente propostas. Destarte, retomando o exemplo acima, a decisão proferida no caso de duas ações coletivas – uma ajuizada em São Paulo e outra no Rio de Janeiro e reunidas neste Estado –, produziria efeitos em ambos os Estados. Nesse mesmo sentido, veja-se o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONEXÃO ENTRE DUAS AÇÕES COLETIVAS (AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MPF EM SÃO PAULO E IDÊNTICA AÇÃO AJUIZADA EM MINAS GERAIS PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR) – ART. 2º-A DA LEI 9.494/97. 1. A reunião de processos por conexão decorre do princípio da segurança jurídica e deve ser levada a termo quando vislumbrada a possibilidade de serem proferidas decisões contraditórias que possam vir a incidir sobre as mesmas partes. 2. O provimento jurisdicional a ser prolatado em cada uma das demandas ora analisadas vai recair sobre relações jurídicas formadas por partes distintas, haja vista que os substitutos processuais representam interesses individuais homogêneos de consumidores situados em diferentes unidades da federação. Separação dos processos em obediência à competência territorial. 3. Eficácia subjetiva das sentenças que incidirá sobre os substituídos domiciliados no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Inteligência do art. 2º-A da Lei 9.494/7 (STJ – 1ª Seção – CC 56228/MG – Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 14/11/2007)

Outro ponto que merece especial atenção diz respeito à interpretação do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. De plano, necessário frisar que, embora esteja inserido no capítulo do CDC dedicado às coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneas, as regras previstas no art. 93 são

⁴⁰ Nesse sentido, veja-se CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 50; e MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 260.

aplicáveis a todos os tipos de interesses metaindividuais.⁴¹ Nesse sentido, na jurisprudência, veja-se:

Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos direitos e interesses de natureza supraindividual (STJ – 2ª Turma – RESP 448470/RS – Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 28/10/2008)

Em segundo lugar, é preciso estabelecer os critérios para incidência das determinações contidas no citado art. 93, no caso de reunião de ações coletivas. Em nosso sentir, se o dano coletivo abranger duas ou poucas comarcas de um mesmo Estado, a causa será local, devendo incidir normalmente a regra da conexão, reunindo-se as causas para julgamento conjunto no juízo preventivo; se o dano coletivo, no entanto, atingir diversas partes de um mesmo Estado, então será possível caracterizá-lo como regional, deslocando a competência para o julgamento conjunto das ações na capital do respectivo Estado,⁴² mesmo que nenhuma delas tenha sido originalmente proposta ali; por fim, se o dano coletivo abranger duas ou mais comarcas de diferentes Estados, a causa será nacional e a reunião deverá ocorrer necessariamente no Distrito Federal,⁴³ de modo a produzir efeitos para todo o país. Essas diretrizes, por certo, têm natureza cogente.⁴⁴

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, reiteradamente posicionou-se no sentido diverso, entendendo que a competência prevista no art. 93, II, do CDC, tem natureza concorrente, não havendo exclusividade ou preponderância do foro do Distrito Federal. Sobre o tema, vejam-se os seguintes julgados:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO CONSUMIDOR EM ESCALA NACIONAL. FORO COMPETENTE. EXEGESE DO ART. 93, INCISO II, DO CDC. [...] 3. Cumpre notar que, muito

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 894.

⁴² Nesse sentido, veja-se: “Na espécie, o dano que atinge um vasto grupo de consumidores, espalhados na grande maioria dos municípios do estado do Mato Grosso, atrai ao foro da capital do Estado a competência para julgar a presente demanda” (STJ – 3ª Turma – RESP 1101057/MT – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 7.4.2011).

⁴³ Nesse sentido, veja-se: “O CDC traz vários critérios de definição do foro competente, segundo a extensão do prejuízo. Será competente o foro do lugar onde ocorreu ou possa ocorrer o dano, se este for apenas de âmbito local (art. 93, I). Na hipótese de o prejuízo tomar dimensões maiores - dano regional ou dano nacional-, serão competentes, respectivamente, os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93, II)” (STJ – 2ª Turma – RESP 448470/RS – Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 28.10.2008).

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561.

embora o inciso II do art. 93 do CDC tenha criado uma vedação específica, de natureza absoluta – não podendo o autor da ação civil pública ajuizá-la em uma comarca do interior, por exemplo –, a verdade é que, entre os foros absolutamente competentes, como entre o foro da capital do Estado e do Distrito Federal, há concorrência de competência, cuidando-se, portanto, de competência relativa. [...] (STJ – 4ª Turma – RESP 712006/DF – Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 05/08/2010)

AMBIENTALE PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONTRA A UNIÃO E AUTARQUIAS FEDERAIS, OBJETIVANDO IMPEDIR DEGRADAÇÃO AMBIENTAL NA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO PARAÍBA DO SUL. EVENTUAIS DANOS AMBIENTAIS QUE ATINGEM MAIS DE UM ESTADO-MEMBRO. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LOCAL DO DANO. 1. [...]. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem o pacífico entendimento de que o art. 93, II, da Lei n. 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor não atrai a competência exclusiva da justiça federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, quando o dano for de âmbito regional ou nacional. Conforme a jurisprudência do STJ, nos casos de danos de âmbito regional ou nacional, cumpre ao autor optar pela Seção Judiciária que deverá ingressar com ação. Precedentes: CC 26842/DF, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção, DJ 05/08/2002; CC 112.235/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe 16/02/2011. [...] 4. Agravo regimental não provido (STJ – 1ª Seção – AgRg no CC 118023/DF – Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 28/03/2012)

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. DEMANDAS COLETIVAS PROMOVIDAS CONTRA A ANEEL. DISCUSSÃO ACERCA DA METODOLOGIA DE REAJUSTE TARIFÁRIO. LEI Nº 7347/85. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONEXÃO. [...] 11. Em razão do disposto no artigo 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, sendo o suposto dano nacional, a competência será concorrente da capital do Estado ou do Distrito Federal, a critério do autor, tendo em vista sua comodidade na defesa dos interesses transindividuais lesados e o mais eficaz acesso à Justiça, uma vez que “não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais

concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal” (CC 17533/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/09/2000, DJ 30/10/2000, p. 120). 12. No presente caso, como já visto, o dano atinge todo país, tendo sido apresentadas várias ações idênticas em foros concorrentes (Capitais de Estados e Distrito Federal) (STJ – 1ª Seção – CC 126601/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 27/11/2013)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL COLETIVA. CÓDIGO DO CONSUMIDOR, ART. 93, II. A ação civil coletiva deve ser processada e julgada no foro da capital do Estado ou no do Distrito Federal, se o dano tiver âmbito nacional ou regional; votos vencidos no sentido de que, sendo o dano de âmbito nacional, competente seria o foro do Distrito Federal. Conflito conhecido para declarar competente o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (STJ – 2ª Seção – CC 17.532/DF – Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 29/02/2000)

6. ENTREVISTAS

Embora a pesquisa doutrinária seja o melhor meio de aferir a opinião de determinado jurista, decidimos entrevistar sete renomados processualistas⁴⁵ para buscar uma visão mais atualizada e prospectiva sobre a reunião das ações coletivas.

Assim, todos os entrevistados receberam o mesmo rol de perguntas, que foram organizadas da seguinte maneira: (i) se o tema é controvertido; (ii) qual seria o principal problema quanto às ações coletivas; (iii) qual é a tendência doutrinária e legislativa no Brasil para os próximos anos; e (iv) se seria importante nos inspirarmos no direito comparado para encontrarmos soluções para os problemas aqui expostos.

Fredie Didier Jr. considera o tema controvertido, tendo em vista a variedade de juízos com mesma competência para julgar as causas coletivas conexas, o alto número de legitimados e a inevitável relação entre as ações coletivas e individuais que decorrem do mesmo fato. Atenta o ilustre professor baiano que o contexto no qual as ações coletivas estão inseridas é conturbado, não sendo possível que sejam tratadas de maneira similar às individuais.

Na mesma linha de pensamento, Luiz Manoel Gomes Jr. sublinha que parte das controvérsias referentes ao tema se deve à alta complexidade das questões coletivas, o que acarreta resistência dos magistrados em julgar as ações coletivas.

⁴⁵ Realizamos entrevistas com: Fredie Didier Júnior, Luiz Manoel Gomes Júnior, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Alexandre Freitas Câmara, Marcelo Pereira de Almeida e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

Já para Humberto Dalla Bernardina de Pinho, os principais problemas decorrem da pluralidade de leis sobre as ações coletivas, bem como à multiplicidade de instrumentos de tutela coletiva. Aponta, ainda, a indefinição quanto à obrigatoriedade ou facultatividade da reunião de ações. O professor da UERJ critica a lacuna na regulamentação da reunião das ações coletivas existente no Código de Defesa do Consumidor, em especial nos arts. 103 e 104, que acaba por fomentar a indefinição sobre o tema no plano jurisprudencial, bem como a ausência de uma mentalidade coletiva dos operadores do direito em geral.

Alexandre de Freitas Câmara, por seu turno, concorda com a constatação de que não há uma “cultura do processo coletivo” e que é fundamental difundi-la, especialmente entre juízes e advogados, partindo essa propagação do ensino na graduação, a fim de que os profissionais do direito estejam acostumados a lidar com esse tipo de processo.

Para Marcelo Pereira de Almeida, uma das causas que levam às controvérsias presentes na questão da reunião das ações coletiva decorre da imprecisão das leis que tratam do assunto em regular a competência para o processamento e julgamento das causas coletivas. Ressalta, nesse sentido, a contradição existente na Lei da Ação Civil Pública, que define como funcional a competência de foro, trazendo, portanto, dificuldade para aplicação da conexão das ações coletivas, uma vez que a competência funcional é de ordem absoluta, não sendo permitida a sua modificação.

Além dos problemas apontados, os estudiosos ouvidos afirmaram que o ideal seria uma modificação na Lei da Ação Civil Pública para dar um tratamento mais adequado ao tema. Os entrevistados ressaltaram, ainda, a importância que teria a edição de um código de processo civil coletivo para a evolução das ações coletivas no Brasil. A maioria, no entanto, não vislumbra possibilidade real de mudança, tendo em vista que todas as propostas de alterações legislativas em matéria de tutela coletiva enviadas ao Congresso Nacional nos últimos anos foram rejeitadas. Esses juristas exemplificaram essa resistência com a rejeição sumária do projeto de lei para criação do Código de Processo Civil Coletivas (PL nº 5.139/2009) pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados (CCJ), em 17 de março de 2010.

A indagação apresentada aos estudiosos quanto à importação de mecanismos do direito comparado no Brasil dividiu os entrevistados. Alguns, como Freddie Didier Jr., acreditam que as soluções podem ser desenvolvidas dentro do país, uma vez que o Brasil tem uma sólida tradição sobre ações coletivas, além de ter um sistema marcado por significativas peculiaridades. Outros, como Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Antonio Gidi, Alexandre Freitas Câmara e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, acreditam que as experiências estrangeiras bem-sucedidas podem trazer bons frutos para o direito brasileiro. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara ressaltou que não pode ser feita uma simples importação de um instituto estrangeiro, sendo preciso adaptá-lo às características e à cultura do direito brasileiro.

CONCLUSÕES

Resumindo as principais conclusões deste artigo, podemos dizer que:

- a) A competência territorial das ações coletivas (prevista no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, no art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular e no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor) tem natureza absoluta (inderrogável e cognoscível de ofício);
- b) Apesar de absoluta, a competência territorial das ações coletivas pode ser modificada nos casos de reunião para julgamento conjunto com outras ações coletivas;
- c) A modificação da competência pela necessidade da reunião das ações coletivas se dá tanto por conexão quanto por continência, muito embora os textos das regras sobre tutela coletiva não tratem desta última;
- d) A disciplina legal sobre a reunião das ações coletivas, em razão de sua importância para a adequada prestação da tutela jurisdicional, deve ser extraída da interpretação integrativa entre as regras sobre tutela coletiva e o novo CPC (arts. 54 a 60), por meio da técnica conhecida como diálogo das fontes;
- e) Na hipótese de existir interesse federal em pelo menos uma das causas coletivas, a reunião das ações deve ser feita perante a Justiça federal (art. 109 da CF/88, art. 5º, § 2º, da LAP, e art. 93 do CDC);
- f) A simples presença do Ministério Público Federal na ação coletiva não é capaz, de per se, de promover o deslocamento da causa para a Justiça federal;
- g) A reunião das ações coletivas não pode acontecer quando em uma delas já houver sido proferida sentença (Súmula nº 235 do STJ e art. 55, § 2º, do CPC);
- h) A limitação da eficácia da coisa julgada prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil é inconstitucional por atacar a efetividade da tutela coletiva, apesar da orientação dominante na jurisprudência ser no sentido oposto;
- i) Muito embora a limitação prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública seja aceita pela jurisprudência, é possível encontrar decisões dos tribunais superiores que flexibilizam seu comando, em decorrência da natureza do objeto ou da expressa disposição da sentença transitada em julgado;
- j) Ainda que se reconheça a validade da inconstitucional limitação prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, é preciso afirmar que o julgamento das ações coletivas reunidas perante o juízo prevento produziria efeitos não apenas nos limites territoriais do órgão prolator, mas também nos limites territoriais dos órgãos onde essas ações tenham sido originariamente propostas;
- k) As regras previstas no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis a todos os tipos de interesses metaindividuais e têm natureza cogente;
- l) As regras previstas no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor

devem ser interpretadas de forma a reconhecer que, se o dano coletivo abranger duas ou poucas comarcas de um mesmo Estado, a causa será local, devendo incidir normalmente a regra da conexão, reunindo-se as causas para julgamento conjunto no juízo preventivo; se o dano coletivo atingir diversas partes de um mesmo Estado, então será possível caracterizá-lo como regional, deslocando a competência para o julgamento conjunto das ações na capital do respectivo Estado, mesmo que nenhuma delas tenha sido originalmente proposta ali; por fim, se o dano coletivo abranger duas ou mais comarcas de diferentes Estados, a causa será nacional e a reunião deverá ocorrer necessariamente no Distrito Federal, de modo a produzir efeitos para todo o país;

- m) A maioria dos estudiosos ouvidos sobre o tema entende que a melhor forma de lidar com o problema é editar um código de processo coletivo, incorporando as normas presentes no microsistema da tutela coletiva e aperfeiçoando seus institutos;
- n) É voz corrente entre os entrevistados que as regras sobre a tutela coletiva devem ser interpretadas dentro de uma lógica integrativa, dentro daquilo que é conhecido como microsistema da tutela coletiva ou estatuto da tutela coletiva;
- o) Parte dos doutrinadores entrevistados ressaltou ainda que é preciso desenvolver uma “cultura do processo coletivo”, partindo essa propagação do ensino na graduação, a fim de que os profissionais do direito estejam acostumados a lidar com esse tipo de processo.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Leonardo Santana de. *Processos coletivos*. Porto Alegre: HS, 2012.
- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 3. ed., Forense: Rio de Janeiro, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, 2. ed., São Paulo: Bookseller, 2000.
- DIDIER JR., Fredie.; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. IV. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2005.

GALDINO, Flávio. Comentários ao art. 55. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. Vol. I. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Ação popular: aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comprado e nacional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Comentários ao art. 55. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

O AMICUS CURIAE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antonio do Passo Cabral

Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Processual pela UERJ em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorado na Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Professor visitante nas Universidades de Passau e Kiel (Alemanha). Procurador da República no Rio de Janeiro.

Resumo: O presente artigo analisa a regulação do instituto do *amicus curiae* no Código de Processo Civil de 2015, identificando as aproximações e discrepâncias da nova legislação com a doutrina e jurisprudência anteriores a ela.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. Novo Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO: O CONCEITO E FUNÇÃO DO AMICUS CURIAE – FUNDAMENTOS NORMATIVOS

O novo CPC traz uma regra geral, admitindo a intervenção do *amicus curiae* no processo civil. Embora há pelo menos 15 anos já tenha sido observada uma progressiva inserção do instituto na prática jurisdicional, o novo Código inovou em parte, tanto na abrangência de sua aplicação quanto nos poderes que esse interveniente passa a ter no direito processual brasileiro.

O *amicus curiae* ou “amigo da corte” é um instituto desenvolvido predominantemente no *common law* em razão da força vinculativa dos precedentes judiciais, que pode fazer com que uma decisão proferida em um litígio individual produza, de algum modo, efeitos a todos os futuros processos em que circunstâncias similares sejam observadas. Num tal sistema, seria absurdo que os indivíduos pudessem ser impactados pelo processo que tramita *inter alia* e não lhes fosse garantida nenhuma forma de participação ou interferência no resultado do litígio. Para tais fins é que se destina a figura interventiva do *amicus curiae*.¹

Mas o instituto do *amicus curiae* não foi introduzido no ordenamento jurídico pelo novo CPC. Há autores que identificam traços do instituto na legislação do Brasil Império, no procedimento para edição de assentos do Supremo Tribunal de Justiça.² Já na República, a Lei nº 6.385/76 (art. 31) foi a normativa

¹ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n. 117, set-out, 2004. Disponível em: <<http://uerj.academia.edu/AntonioCabral>>; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006; DEL PRÁ, Carlos Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007.

² DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de Processo*, v. 220, p. 407-423, 2013.

que previu a atuação da CVM (Comissão de Valores Imobiliários) em causas em que sejam debatidas questões que, no plano administrativo, incluem-se dentro das atribuições fiscalizadoras da entidade.³ Posteriormente, a Lei nº 8.197/91 (art. 2º), depois revogada e substituída pela Lei nº 9.469/97 (art. 5º, parágrafo único), admitiu a intervenção da União como *amicus curiae* nas causas em que figurarem como partes da administração pública indireta.⁴ O art. 89 da revogada Lei nº 8.884/94, na disciplina das infrações contra a ordem econômica, atribuía ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a possibilidade de intervir como *amicus curiae* nos processos judiciais em que a aplicação de qualquer dispositivo dessa lei esteja em debate.⁵ A disciplina foi mantida na atual legislação anticoncorrencial (Lei nº 12.529/2011, art. 118). A Lei nº 9.279/96 também prevê, em seu art. 57, possibilidade de intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Inpi) em ações de nulidade de patente.⁶ O instituto encontra-se presente também nos processos administrativos. A Lei nº 9.784/99, que regula o procedimento administrativo no âmbito federal, estabelece, em seus arts. 31 e 32, que poderá o órgão competente admitir a intervenção do *amicus* e até realizar audiência pública para permitir debates mais amplos sobre a matéria discutida no processo.

Não obstante, embora previsto em inúmeros diplomas legislativos no Brasil desde o século XIX, o *amicus curiae* começou a ser estudado no direito constitucional, com o incremento das técnicas das ações de controle abstrato da constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. De fato, esse aperfeiçoamento da disciplina legal da ADI, da ADC, da ADPF, que veio a lume com as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 e, posteriormente, com a introdução do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário (previsto na Constituição a partir da EC nº 45/2004 e disciplinado pela primeira vez pela Lei nº 11.417/2006), levou os constitucionalistas a desenvolver as primeiras linhas do instituto,⁷ o que despertou a atenção dos processualistas logo em seguida, que publicaram textos, curtos ou monográficos, para enquadrar a figura do *amicus curiae* nas categorias do direito processual e, em alguma medida, procurar definir-lhe os contornos.

O instituto autoriza a manifestação de pessoas e entidades toda vez que a discussão do caso puder revelar uma repercussão sistêmica ou impac-

³ Cf. TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como *amicus curiae*. *Revista dos Tribunais*, v. 690, abr 1993.

⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis n. 8.437/92, art. 4º, e n. 9.469/97, art. 5º. *Revista Forense*, v. 363, p.184-188, setembro-outubro, 2002.

⁵ Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976). *Revista de Processo*, n. 115, p.151 ss., mai-jun, 2004.

⁶ SATO, Priscila Kei. O Instituto Nacional de Propriedade Industrial nas ações de nulidade e adjudicação: parte ou assistente? In DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004, p.779 ss. Mais recentemente, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *A figura do amicus curiae e sua utilização no processo civil brasileiro*. 2010. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 104 ss.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p.141 ss., out-dez, 2004.

to subjetivo mais amplo, atingindo processos individuais entre outros sujeitos. A finalidade da intervenção do *amicus curiae* é que sejam trazidos ao processo elementos que possam condicionar de forma mais completa e adequada a cognição do órgão julgador, emprestando à formação da decisão final um caráter mais pluralista e democrático, reduzindo também questões de legitimação da aplicação do precedente a casos posteriores.⁸

1. A VIRADA NO NOVO CPC: *AMICUS CURIAE* NA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA

A tradição brasileira era não admitir a intervenção do *amicus curiae* em processos estritamente individuais. No Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência é maciça no sentido de que as disposições legais que autorizam a intervenção do *amicus* só se aplicariam aos processos de jurisdição abstrata, considerados “objetivos”.⁹

No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência também se pacificou no sentido da impossibilidade.¹⁰ Somente se poderia admitir o ingresso do *amicus curiae* em processos “subjetivos” de modo excepcional, quando a legislação específica previsse a intervenção ou quando a demanda assumisse feição claramente “objetiva”. É o que se observaria no rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC de 1973) porque a multiplicidade de demandas similares com uma mesma questão comum demonstraria o potencial de generalização da decisão a ser proferida.

As disposições do novo CPC impõem a modificação desse entendimento. O novo Código admite a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em processos “subjetivos”. De fato, o novo Código de Processo Civil de 2015 inaugurou outra era nesse tema. Inovou duplamente por, de um lado, ser previdente de uma regra geral de participação do *amicus curiae* nos processos jurisdicionais da jurisdição ordinária. Isto é, a participação do *amicus*, que era muito comum na jurisdição constitucional abstrata – e na jurisdição ordinária era aplicada apenas setorialmente, nos casos em que houvesse previsão legislativa expressa –, passa a ser genericamente admissível para qualquer processo individual.

Por outro lado, a justificativa do instituto no processo civil brasileiro mudou parcialmente a partir do sistema do CPC/2015. Antes se fundamentava a participação do *amicus* (a) no contraditório contemporâneo, compreendido como influência reflexiva, como o direito de condicionar eficazmente e de for-

⁸ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *Revista de Processo*, v. 106, p. 281, abr-jun, 2002.

⁹ STF – MS nº 28.477/GO, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 9.5.2014; MS nº 28.290/DF, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 9.5.2014; MS nº 29.058/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.5.2013; MS nº 30.952 MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 11.10.2012; MS nº 25.763/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 22.5.2012; MS nº 30.260/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.4.2011; MS nº 26.553 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.10.2009.

¹⁰ STJ – REsp. nº 1.023.053 QO/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23.11.2011; RMS nº 29.475 AgRg/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 8.11.2011; AgRg na PET no AREsp nº 151.885/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 4.2.2013.

ma mais pluralista e tecnicamente completa a produção das decisões judiciais;¹¹ e (b) na necessidade de fomentar e viabilizar a participação dos indivíduos nos cenários de formação de decisão (*status activae civitatis*).

Mas o novo CPC adicionou outros elementos a esse quadro. Com efeito, o sistema do novo CPC atribui força ainda maior à jurisprudência e aos precedentes, permitindo que as decisões de um processo entre as partes produzam efeitos vinculativos (e não apenas persuasivos) em outros processos que tramitam *inter alia*. De fato, com a nova disciplina dos precedentes jurisprudenciais vinculativos (art. 926 e seguintes), surge, no sistema processual brasileiro, fundamento diferente para uma ampliação das hipóteses de intervenção do *amicus curiae*. À semelhança do que ocorre nos ordenamentos do *common law*, agora há que se buscar formas de participação que autorizem a participação de diversos atores sociais no processo individual pela possibilidade de a *ratio decidendi* de precedentes formados entre as partes poder ser aplicada a processos posteriores.

Por outro lado, o novo CPC também trouxe um incremento de incidentes e mecanismos para a solução conjunta de questões comuns e repetitivas. Exemplos são o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes) e os recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 1.036 e seguintes). Nesses casos, existe cognição única sobre essas questões, e a solução será posteriormente replicada para outros processos. Assim, o debate em contraditório travado entre alguns sujeitos poderá impactar milhares de outros processos, justificando a abertura e o pluralismo do contraditório, autorizando – e mesmo recomendando – a intervenção do *amicus curiae* nesses procedimentos.¹²

Por fim, o novo CPC manteve a linha das reformas legislativas do CPC de 1973, reproduzindo, no art. 950, § 3º, a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* no incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais por força da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição da República de 1988).

2. O AMICUS CURIAE COMO TERCEIRO – DIFERENÇAS PARA AS INTERVENÇÕES DE TERCEIRO TRADICIONAIS

O *amicus curiae* não é parte, pois não formula pedido nem pretensão; não é demandado e, nem mesmo em tese, afirma-se titular do direito material objeto da controvérsia. O *amicus curiae* é um terceiro ao processo (até porque o conceito de terceiro normalmente é obtido por exclusão: todos os que não são partes, Estado-juiz e auxiliares do juízo são terceiros).

¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LX, n. 2, p. 450-451, 2005; _____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, especialmente capítulos III e V; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento dos atos processuais. *Revista de Processo*, ano 34, v. 168, fev. 2009; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

¹² TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art. 138. In ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 440.

Como já tivemos oportunidade de salientar em outro estudo,¹³ a palavra “intervir” tem raiz latina (*inter venire*) e significa “entrar no meio”. Ora, como o *amicus* ingressa em processo pendente, sua participação deve ser compreendida como interventiva. Assim, o *amicus curiae* é um terceiro, e seu ingresso no processo é uma espécie de intervenção. O novo CPC acabou com a discussão: disciplinou o instituto do *amicus curiae* no Capítulo V do Título III, referente às “Intervenções de Terceiros”, dentro do Livro II (Dos Sujeitos do Processo). Além disso, o § 1º do art. 138 do novo CPC fala expressamente que se trata de uma modalidade de “intervenção”.

Mas o papel do *amicus curiae* é diferente daquele das modalidades tradicionais de intervenções de terceiro. O amigo da corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional). É que, tanto na função e finalidade quanto nas características de cada atuação interventiva, bem assim nos seus pressupostos, requisitos e efeitos, a intervenção do *amicus* é diversa das modalidades tradicionais de intervenção de terceiros.¹⁴

As formas tradicionais de intervenção de terceiros chamadas “espontâneas” prestam-se a evitar os efeitos prejudiciais das decisões judiciais, buscando o terceiro condicionar o resultado do processo por meio de sua atuação processual, para que uma relação jurídica sua não sofra algum impacto da decisão no processo entre as partes. Quando se trata de intervenção de terceiros “forçada”, sua utilidade para a parte que provoca a intervenção é obter, *in simultaneus processus*, título executivo que permita a execução também em face do terceiro, estendendo-lhe a eficácia preclusiva da coisa julgada, com as ressalvas do art. 123 do novo CPC. No caso do *amicus curiae*, embora este se agregue à relação processual, o título executivo que será formado não incluirá o amigo da corte.

Uma diferença adicional entre a intervenção de terceiros em geral e o *amicus curiae* reside nos efeitos do julgamento e da autoridade da coisa julgada sobre os terceiros, especialmente no campo da denominada “eficácia da intervenção” (*Interventionswirkung*), por vezes confundida com a coisa julgada, mas pertinente à eficácia preclusiva das omissões em alegar, que impede que o terceiro discuta a matéria já debatida em outro processo (art. 123 CPC). O *amicus curiae*, ao contrário dos terceiros que intervêm pelas modalidades típicas tradicionalmente previstas no Código, não se sujeita a essa peculiar preclusão, podendo rediscutir a matéria que motivou sua intervenção em outros processos posteriores.¹⁵

Outra diferença na disciplina das modalidades de intervenção clássicas para a intervenção do *amicus curiae* é que esta poderá ser solicitada pelo próprio *amicus*, pelas partes do processo ou *determinada de ofício pelo magistrado*. Tal possibilidade é contrária à tradição do direito processual brasileiro,

¹³ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n. 117, p. 16-17, set-out, 2004. Disponível em: <<http://uerj.academia.edu/AntonioCabral>>.

¹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 426-427.

¹⁵ Sobre o tema, abordando a controvérsia, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *A figura do amicus curiae e sua utilização no processo civil brasileiro*. 2010. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 194 ss.

segundo a qual o juiz pode determinar de ofício a formação do litisconsórcio (necessário), mas as intervenções de terceiro dependem de requerimento da parte ou do próprio terceiro. O novo Código prevê expressamente que o juiz possa determinar *ex officio* a intervenção do *amicus* (art. 138, *caput*, do novo CPC).

Cabe lembrar ainda que o *amicus* não suporta os custos do processo, os quais, pela regra da causalidade, são impostos às partes e aos terceiros “tradicionais” (arts. 82 e 94 do novo CPC), mas não ao amigo da corte.

Sigamos na análise dos pressupostos e requisitos para a intervenção do *amicus*, em que veremos outras diferenças.

3. PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA A INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO NOVO CPC

3.1 *Desnecessidade de alegar e provar interesse “jurídico”*

O interveniente nas modalidades tradicionais deve alegar e provar *interesse jurídico* na demanda (art. 119 do novo CPC). A cláusula do “interesse jurídico” significa que o terceiro deve demonstrar o impacto real ou potencial que o desfecho do processo poderá ter sobre uma relação jurídica do interveniente. Não bastam meros interesses afetivos ou econômico, tampouco a pura e diligente intenção de esclarecer matéria de fato ou de direito à cognição do juiz.¹⁶

Vê-se, então, outra grande diferença entre o assistente, p. ex., e o amigo da corte. Para o assistente, o interesse jurídico é requisito para sua intervenção. O *amicus curiae*, por sua vez, não precisa demonstrar interesse jurídico.¹⁷ E a finalidade de sua atuação decorre, de um lado, da abertura do contraditório como influência e hoje da necessidade de oxigenar e legitimar a decisão em foros em que o resultado do processo possa atingir um espectro de pessoas mais amplo que apenas as partes.

Deve-se lembrar que o *amicus* pode até não ser um interveniente totalmente “altruísta”, e sua intervenção nem sempre será “neutra”. De fato, o *amicus* pode ter interesses indiretos, reflexos, afetivos ou meramente econômicos no deslinde do processo, o que frequentemente acontece na prática. Esse debate, que não é desconhecido no Brasil e no direito estrangeiro, diz respeito à atuação estratégica do *amicus* como “amigo da parte” e, talvez, não propriamente como “amigo da corte”. No entanto, a existência desse efetivo interesse ou sua qualificação como “jurídico” não é requisito para a intervenção do *amicus curiae*. No Brasil, as normas preexistentes do *amicus curiae* também desconsideram o interesse jurídico como requisito para sua intervenção, o que se observa nas manifestações em processos administrativos previstas na Lei nº 9.784/99, na intervenção da CVM, do Cade, do Inpi e da União.

E o novo CPC seguiu essa linha. O art. 138 nada fala do “interesse jurídico” para a intervenção do *amicus*. O interesse jurídico, previsto no art. 119, é exigido apenas para o assistente e para as demais espécies clássicas

¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 24, jul-ago, 2003, p. 36.

¹⁷ TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art. 138. In ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 439.

de intervenção de terceiros. Também é irrelevante se o *amicus* possui algum interesse de outra natureza no deslinde da causa. Esse exame não condiciona sua intervenção.

3.2 O equivocado requisito de “representatividade adequada”

O requisito da “representatividade adequada” já vinha sendo exigido pela jurisprudência brasileira para a participação processual do amigo da corte.¹⁸ Apesar de não ter que demonstrar o interesse jurídico, o *amicus curiae* deveria comprovar ter alguma proximidade com os interesses materiais em causa. Para tais fins, não bastaria que o sujeito fosse parte em outro processo individual que poderia indiretamente ser impactado pela fixação do precedente. Faz-se necessário que o postulante à intervenção como *amicus* possua uma condição subjetiva que o autorize a falar no processo em favor de todos os sujeitos que possam ser potencialmente atingidos.

Já nos manifestamos contrariamente à adoção desse critério para o *amicus curiae*.¹⁹ A representatividade adequada (*adequacy of representation*) é um requisito utilizado nas *class actions* norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supraindividual tem aptidão técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade, que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão e pela formação da coisa julgada mesmo em relação aos ausentes do litígio, como é típico nas demandas coletivas. Portanto, a representatividade adequada relaciona-se diretamente à questão da vinculação da decisão àqueles que não tenham participado do processo (*absent class members*) e que, diante da substituição processual, poderiam ser prejudicados pela atuação negligente da *representative party*. Nas ações coletivas, o requisito se justifica pelo perigo da representação inadequada que poderia levar aqueles que não participaram a sofrer os efeitos da coisa julgada. Mas a mesma lógica não existe para o *amicus*.²⁰

Em decisão em recurso especial repetitivo, o STJ indeferiu pedido de habilitação da Defensoria Pública da União na qualidade de *amicus curiae* em processo em que se debatiam encargos de crédito rural, destinado ao fomento de atividade comercial. Entendeu-se que a matéria discutida não se enquadraria dentro do espectro de atuação típica da DPU. Nesse sentido, não se reconheceu a representatividade adequada da instituição, argumentando o tribunal que é insuficiente invocar a existência de interesse em defender a solução da lide em favor de uma das partes.²¹ Para o STJ, o fato de a DPU atuar em defesa de consumidores hipossuficientes em milhares de ações dessa mesma natureza não permitiria, por si só, sua manifestação como amigo da corte, sendo imprescin-

¹⁸ STF – Medida Cautelar na ADI 2.130-SC Rel.Min. Celso de Mello, DJU 02.02.2001; STF - RE nº 597.165/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.4.2011.

¹⁹ CABRAL, Antonio. Der *amicus curiae* und die alten Formen der Beteiligung Dritter am Rechtsstreit: Neue Tendenzen nach brasilianischem Recht. in GEIMER, Reinhold; SCHÜTZE, Rolf A. *Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. München: Sellier, 2012, p.77-78.

²⁰ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Comentário ao art.138. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 251.

²¹ STJ – REsp nº 1.357.813/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 24.9.2013.

dível correlação entre a finalidade estatutária ou legal do peticionário e o objeto da demanda, hipótese que não se verificaria no caso.

Veja-se nesse precedente a evidente distorção na aplicação do instituto. Em nosso sentir, a representatividade adequada não deve ser analisada como requisito de intervenção do *amicus curiae*. É que, ao contrário das ações coletivas, no caso do *amicus curiae*, não há substituição processual: o *amicus curiae* não vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, não sendo legitimado extraordinário. E as partes que debatem em torno do direito material estão presentes no processo. Logo, não há risco de representatividade inadequada e desnecessário o exame da *adequacy of representation*.

O novo CPC, portanto, parece ter andado na contramão da legislação brasileira, importando acriticamente um requisito que não é próprio do nosso direito e é equivocado para a intervenção do amigo da corte. Note-se que quase todas as normas que preveem o instituto do *amicus curiae* na legislação ordinária nada mencionam acerca da representatividade adequada.

Pensamos que tal exigência pode obstaculizar a participação de diversos entes, contrariamente ao escopo de emprestar maior pluralismo ao contraditório, e ainda pode ser utilizada de forma elitista para criar uma reserva de mercado para a litigância nessa qualidade. Em nosso sentir, não é assim que deve ser interpretado e aplicado o instituto. No máximo, a ideia de pertinência temática ou institucional do *amicus* com a discussão no processo deve iluminar o exame da “especificidade” do objeto da discussão, exigindo um *potencial de influência* na manifestação do *amicus curiae*. Sobre essa questão, vejam-se os tópicos seguintes.

3.3 Repercussão social e relevância da matéria

O art. 138, *caput*, afirma que o *amicus curiae* poderá ser admitido no processo pela “relevância da matéria” quando “a especificidade do tema objeto da demanda” exigir ou quando a controvérsia tiver “repercussão social”.

Note-se que não se trata de presença de “interesse público”, como faz o CPC ao definir hipóteses de atuação do Ministério Público (art. 178, I). Esse dispositivo é um parâmetro seguro na análise da intervenção do *amicus curiae* porque há vários casos em que o MP deverá atuar, mas diante de interesses que não têm impacto social, objeto específico ou representem matéria relevante. Em casos de destituição de pátrio poder, interesses de incapazes, casamento etc., ainda que individualmente mereçam especial proteção a ponto de chamar a atuação do Ministério Público, pode não haver qualquer motivo para admissibilidade da participação do *amicus curiae*.

Quando se fala de matéria relevante e repercussão social, o novo CPC não necessariamente exige que se trate de questão repetitiva. Aqui podemos nos valer das considerações doutrinárias sobre a repercussão geral no recurso extraordinário: devemos unir o aspecto quantitativo ao aspecto qualitativo.²² Às vezes, um único processo, em que se discutam matérias polêmicas, com grande divulgação na mídia ou que envolvam debates sensíveis numa comunidade, pode justificar a intervenção do *amicus curiae*. É que o debate público

²² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2007, p. 33, 36-37.

que se desenvolve perante o Judiciário na atualidade transborda os limites da individualidade e do patrimonialismo. Questões sociais como sistema de ensino e hospitalar, controle da aplicação e gestão de verbas públicas, orçamento participativo, dentre outras, são prova irrefutável de que a concepção exclusivamente privatista do processo, já abandonada na ciência processual, deve também imperar na interpretação e aplicação da sistemática do *amicus curiae*. Nesses e em outros casos, em que, embora num processo individual a matéria envolva debates relevantes na sociedade, justifica-se a admissibilidade do *amicus*. E não se esqueça que também no processo do trabalho (art. 15 do novo CPC) e em procedimentos especiais, como o mandado de segurança, as ações coletivas, a improbidade administrativa e outras, pode-se veicular matéria relevante ou com impacto social. Nesses casos, será cabível também a intervenção do *amicus curiae* nesses procedimentos (enunciados nº 249 e 250 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). O STF já teve oportunidade de admitir a intervenção do *amicus curiae*, inclusive, em recurso oriundo dos Juizados Especiais Federais, por aplicação dos arts. 15 c/c 14, § 7º, ambos da Lei nº 10.259/2001.²³

Impende ressaltar, outrossim, que, com o novo sistema de precedentes, o CPC (art. 927, § 2º) prevê possibilidade de intervenção do *amicus curiae* para a modificação do entendimento consolidado. Além desse caso, também na formação do precedente pode mostrar-se útil a participação do *amicus curiae*. É que, muitas vezes, a intervenção do amigo da corte será justificada em razão da *originalidade* da discussão perante o Judiciário e da possível formação de precedente em um caso paradigma (*leading case*). Essa circunstância pode preencher os conceitos jurídicos indeterminados de “repercussão social” e “relevância da matéria”.

3.4 Especificidade do objeto da demanda e relevância da informação prestada (potencial de influência)

O novo CPC estabelece como pressuposto para a intervenção do *amicus curiae* que o tema objeto da demanda tenha uma “especificidade”, isto é, idiosincrasia que faça com que o contraditório se instale sobre um temário que exija conhecimentos peculiares. Esses casos pedem uma cognição qualificada por informações cuja especificidade pode escapar até mesmo às partes e ao juízo.²⁴ Observe-se, ainda, que essas informações não necessariamente são técnicas, a serem apresentadas por peritos. E mesmo quando são elementos técnicos, podem ser trazidos aos autos independentemente de laudo pericial. É que, por vezes, a manifestação do *amicus curiae* dá-se sobre questões jurídicas (não fáticas) e, portanto, nem mesmo incluídas no objeto da prova.

²³ STF – RE nº 416.827/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.9.2005.

²⁴ Na Itália, percebeu a mesma função: SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, n. 3, p. 693: “L'apparato di informazioni, dati fattuali ed argomentazioni giuridiche che l'amicus fornisce, infatti, consente alla corte di esaminare le questioni controverse in una prospettiva più ampia rispetto a quella delineata dalle parti e le permette di valutare in anticipo quali potrebbero essere gli effetti prodotti dalla decisione nei confronti di terzi. Sotto questo profilo, dunque, l'amicus curiae svolge l'importante funzione di procurare alla corte un'adeguata conoscenza della realtà (sociale, economica, ecc.) dalla quale nasce e nella quale vive un determinato 'caso' in modo che da tale conoscenza derivi una decisione più informata e quindi più giusta”.

De qualquer modo, a expressão legal “especificidade do tema objeto da demanda” mostra algo sobre o pressuposto de admissão da intervenção do *amicus curiae*: exige-se um exame sobre a potencial possibilidade que o *amicus* tenha de incrementar o debate com sua manifestação. Assim, conquanto não haja necessidade de demonstração de um interesse jurídico, e mesmo que, em nossa opinião, tampouco deva ser exigida “representatividade adequada”, aqui não há como fugir: o conteúdo da manifestação do amigo da corte deve ser apto a prestar uma relevante contribuição para a discussão. Trata-se de uma prognose sobre o potencial de influência que a manifestação do *amicus* pode emprestar ao debate.²⁵

Nesse contexto, a *expertise* e o conhecimento técnico do *amicus* são fatores a serem analisados, que podem demonstrar ou indicar que suas manifestações têm potencial de influenciar o debate, incrementando e emprestando mais qualidade ao contraditório.

4. QUEM PODE INTERVIR COMO *AMICUS CURIAE*? PESSOA NATURAL E PESSOA JURÍDICA

Antes do novo CPC, a jurisprudência brasileira pacificou-se no sentido de que a pessoa jurídica pode se habilitar como *amicus curiae*.²⁶ Nelas se incluem não só entidades beneficentes, mas também sociedades empresárias, associações e sindicatos.

O STF sempre rejeitou o ingresso de pessoas naturais na qualidade de *amicus curiae*.²⁷ Pois o novo CPC impõe a mudança do entendimento jurisprudencial. Agora é expressamente permitida a intervenção de pessoa natural na condição de *amicus curiae*. Professores universitários, pesquisadores, técnicos, militantes de movimentos sociais, líderes sindicais, muitas pessoas naturais podem trazer elementos relevantes ao debate, mesmo não sendo pessoas jurídicas.

No caso de pessoa natural atuando como *amicus curiae*, entendemos haver exceção à regra da capacidade postulatória. O *amicus* poderá expressar-se no processo independentemente de assistência por advogado. Especialmente em se tratando de pessoa natural, não faria sentido exigir que, em sendo o *amicus* um professor ou pesquisador, imaginemos um médico, físico ou engenheiro nuclear, p. ex., tivesse que falar em seu favor um advogado. Trata-se, aqui, de uma hipótese de representação *pro se*, tal como se admite para a autoridade coatora no mandado de segurança e o próprio magistrado na exceção de suspeição.

²⁵ Talamini utiliza a expressão “contributividade adequada”, ou a adequada aptidão do *amicus curiae* em colaborar. Cf. TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art.138. In ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

²⁶ STF – ADI nº 5.022 MC/RO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.10.2013; RE nº 577.302/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 10.8.2009; RE nº 576.155, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 12.3.2009.

²⁷ STF – ADPF nº 205/PI, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 24.2.2011; RE nº 566.349/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 3.6.2013; RE nº 591.797/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22.3.2011; RE nº 659.424/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.12.2013; RE nº 627.106/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 4.5/2011.

Não obstante a regra geral seja a inexigência de representação por advogado, para o exercício de alguns poderes processuais, a capacidade postulatória é indispensável. Assim, p. ex., para que o *amicus curiae* recorra (vide hipóteses abaixo). Nesse sentido é o disposto no art. 1.048, § 4º, do novo CPC, para o caso da manifestação do amigo da corte na apreciação da repercussão geral em recurso extraordinário, em que se prevê manifestação “subscrita por procurador habilitado”.

5. TERMO FINAL PARA POSTULAR A INTERVENÇÃO

A jurisprudência tem sido restritiva em relação à manifestação do *amicus curiae* após a inclusão do julgamento em pauta e início do julgamento sob o argumento de que tal possibilidade poderia fazer o procedimento retornar a fases anteriores, algo ineficiente e contra a duração razoável do processo. Embora tenha mantido esse entendimento no julgamento da medida cautelar na ADI nº 5.104 MC/DF, o STF ressaltou a possibilidade de posterior participação por ocasião do julgamento definitivo.²⁸ No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência segue a mesma linha restritiva.²⁹

O posicionamento é correto e defensável também à luz do novo CPC. Sem embargo, tanto na sua dimensão política de participação quanto em relação ao aspecto contributivo do contraditório para a decisão, mas sobretudo no tocante à formação de precedentes, a oitiva do *amicus curiae* é justificável antes do ato decisório.

6. EFEITOS: NÃO HÁ MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Ao apreciar a intervenção da União na condição de *amicus curiae*, prevista no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97, a jurisprudência do STJ já se inclinava pela impossibilidade de transferir para a Justiça federal a competência das causas em que a União participasse como *amicus curiae*. Esse posicionamento era, já à luz do sistema processual anterior, absolutamente correto. A conclusão era extraída da diferença da natureza da intervenção do *amicus curiae* para as modalidades clássicas de intervenção de terceiros. Apesar de ser um terceiro interveniente, ao intervir como *amicus*, a União não só não é parte, mas tampouco poderia ser qualificada de assistente, seu interesse é apenas indireto ou econômico e, portanto, não seria preenchido o art. 109 da CR/88.³⁰

O novo CPC não deixou dúvidas. A intervenção do *amicus* não importa modificação da competência (art. 138, § 1º), o que é relevante, sobretudo, para as hipóteses de fixação da competência em razão da pessoa (art. 109, I, da CR/88).

²⁸ STF – ADI nº 5.104 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2014; STF – ADI nº 2.238, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9.5.2002; STF – ADI nº 4.071 AgR/DF, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 16.10.2009.

²⁹ STJ – REsp nº 1.152.218 QO/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.5.2014; REsp nº 1.003.955 QO/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j.12.11.2008; REsp nº 1.120.295/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 24.4.2013.

³⁰ STJ – REsp 313336-SP – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 28.5.2001.

7. PODERES DO *AMICUS CURIAE* – FIXAÇÃO DISCRICIONÁRIA E CASUÍSTICA PELO JUIZ

Antes do novo CPC, a jurisprudência manifestou-se, num primeiro momento, pela necessidade de ampliar a atuação do *amicus curiae* de maneira a democratizar a participação dos sujeitos do processo. Essa era a tendência que se observava, inclusive, no Supremo Tribunal Federal em relação aos poderes do *amicus*.³¹ Contudo, progressivamente, foram sendo observadas decisões restritivas. As cortes superiores têm limitado a quantidade de manifestações porque um excesso de pessoas e entidades atuando no processo poderia causar transtornos processuais e levar à ineficiência do procedimento ou à sua demora desarrazoada.³²

O novo CPC trouxe cláusula muito aberta a respeito dos poderes do *amicus curiae*. Trata-se do § 2º do art. 138, que diz que “caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”. Evidentemente, a lei atribui um juízo discricionário ao julgador, de definir caso a caso os poderes processuais do amigo da corte. É verdade que, como veremos, a própria lei já atribui ao *amicus* algumas prerrogativas, mas defere ao magistrado de cada caso o juízo sobre outros poderes processuais. Nos tópicos seguintes, trataremos de algumas hipóteses em que, no nosso entendimento, devam ser oportunizadas certas prerrogativas processuais ao *amicus curiae*.

Não obstante o largo espaço de conformação para o magistrado, de fixar casuística e discricionariamente os poderes do *amicus*, essa tarefa não é totalmente livre. E aqui alguns critérios gerais podem ser rascunhados. O juízo pode considerar razões de eficiência e economia processual, mas, sobretudo, deve nortear-se pelo princípio do contraditório, buscando definir os poderes processuais pela relevância da contribuição potencial que o *amicus curiae* possa agregar ao debate (potencial de influência). Outro dado que pode ser tomado em consideração pelo juízo é qual o interesse que move o *amicus*. Como se disse, o *amicus* pode ser altruísta, mas pode, de fato, atuar com base em interesse econômico, ainda que indireto, ou interesse afetivo, institucional etc. O tipo de interesse deve ser analisado para cada situação jurídica processual para atribuir-se ao amigo da corte a possibilidade de praticar o ato.

De outro lado, cabe salientar que se trata de poderes processuais do próprio *amicus curiae* e que são independentes da atuação das partes. Não há uma subordinação do *amicus* aos interesses dos litigantes, e, portanto, quando seus poderes forem reconhecidos, pela lei ou pelo juízo casuisticamente, o *amicus* atua de forma autônoma, independente das condutas das partes. Não se aplica ao *amicus* a lógica da atuação não autônoma, p. ex., do assistente simples (art. 122).

7.1 Poderes de argumentação. Impossibilidade de exercício de prerrogativas inerentes às partes. Ausência de requerimento em sentido técnico. Aplicação dos deveres de consideração e fundamentação do juízo

Dentre os poderes mais importantes para o *amicus curiae*, à luz do contraditório, estão as faculdades de alegar e declarar. As manifestações, orais

³¹ STF – Medida Cautelar na ADI 2.130-SC, Rel. Min. Celso de Mello.

³² STF – ADI 2937 – Rel. Min. Cezar Peluso, despacho de 16.9.2003.

e escritas, podem conter declarações de ciência ou vontade, argumentos fáticos ou jurídicos.

O STF já decidiu pela impossibilidade de o *amicus curiae*, como terceiro interveniente, exercer poderes processuais inerentes às partes, tais como a prerrogativa de delimitar o objeto da demanda.³³ Por isso, não pode haver, no contexto das manifestações do *amicus curiae*, pedido ou requerimento em sentido técnico, mas nada impede que o *amicus* manifeste-se com indicações sobre qual deve ser o resultado da controvérsia. Essa indicação não vincula o juízo: não sendo parte, o *amicus* não delimita a cognição do juízo pelo princípio dispositivo, tampouco baliza a decisão final pela exigência de congruência entre pedido e sentença. Todavia, não se pode esquecer que os deveres de consideração, decorrentes do contraditório (arts. 9º e 10), e de fundamentação (art. 489) aplicam-se também às manifestações do *amicus curiae*. Seria inimaginável que o Judiciário autorizasse a intervenção, reconhecendo que aquele sujeito pode contribuir com informações relevantes para incrementar o contraditório, e ao mesmo tempo ignorasse solenemente suas manifestações. Essas também devem ser incorporadas ao contraditório e debatidas entre os sujeitos do processo. Assim ficou assentado entendimento no Fórum Permanente dos Processualistas Civis (enunciado nº 128).

O STF já admitiu a possibilidade de o amigo da corte submeter ao juízo “propostas” de convocação de audiências públicas, solicitação de dados adicionais, além da designação de peritos.³⁴ A Corte Suprema entendeu que a atuação do *amicus curiae* deve ser mais ampla do que o mero oferecimento de memoriais ou a prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.

Na linha de não admitir condutas próprias das partes, o *amicus curiae* não pode contestar (art. 335) ou requerer e provocar outras intervenções de terceiros (p. ex., arts. 125, 130) porque são posições processuais atribuídas pela lei exclusivamente às partes.

No que se refere aos acordos processuais (art. 190), entendemos que o *amicus* possa celebrá-los, não apenas os negócios que importem disposição de seus direitos, poderes e ônus (p. ex., renúncia a recurso), como também sobre o procedimento (ampliação de prazos de manifestação, convenção para que o *amicus* só se manifeste oralmente etc.). Nesses casos, o *amicus* deve naturalmente participar do acordo e anuir com os efeitos pretendidos. Às partes não será dado excluir a participação do *amicus* por acordo processual, não só porque estariam deliberando sobre interesses de terceiros, contrariamente à relatividade das convenções processuais, mas também em razão dos interesses públicos na intervenção do *amicus*.

7.2 Legitimidade e interesse recursal

O novo CPC não disciplinou detalhadamente os poderes do *amicus*. Para além das faculdades de argumentar e alegar, pouco foi especificado no

³³ STF – ADPF nº 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.5.2014; MS nº 32.033/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.6.2013.

³⁴ STF – ADPF nº 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.5.2014.

novo Código. Não obstante, o novo Código traçou minimamente algumas de suas atribuições. P. ex., a lei veda expressamente a interposição de recursos pelo *amicus curiae*, ressalvadas duas hipóteses: a oposição de embargos de declaração e o recurso da decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, §§ 1º e 3º).

A lógica anterior ao novo CPC era no sentido de que a intervenção do *amicus* se daria apenas em processos “objetivos”, fora de conflitos subjetivos. Ademais, em se tratando de terceiro que não poderia sofrer impacto direto do julgamento, entendia-se não haver qualquer prejuízo ao sujeito pela restrição aos seus poderes.

De fato, até a edição do novo CPC, existia orientação pacífica no Supremo Tribunal Federal quanto à ilegitimidade do *amicus curiae* para interposição de recurso, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Nem os embargos de declaração, que são meio impugnativo referente à cognoscibilidade dos elementos informativos e argumentativos, estariam disponíveis ao *amicus*.³⁵ O Superior Tribunal de Justiça adotava a mesma linha jurisprudencial do STF, de modo a não conhecer dos recursos interpostos pelos *amici curiae*.³⁶

O novo CPC mantém a vedação genérica à interposição de recursos, mas traz exceções. A opção legislativa do novo Código no que tange à admissibilidade de recurso da decisão final do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) foi um reconhecimento do caráter “objetivo” da jurisdição no incidente, bem assim de seu espectro subjetivo ampliado. Com efeito, no incidente de resolução de demandas repetitivas, há cognição única sobre a questão comum para posterior incorporação, como prejudicial, a muitos processos individuais. Ora, como, após a decisão, centenas ou milhares de processos podem ser afetados, o legislador entendeu por bem atribuir ao *amicus curiae* legitimidade recursal para impugnar a decisão final. Note-se que o *amicus curiae* que poderá recorrer é aquele admitido no próprio incidente (art. 983), e não aqueles que foram admitidos como amigo da corte nos processos individuais nos quais se discuta a questão comum.

Uma observação importante é que a formação de precedentes, que posteriormente poderão ser aplicados a muitos outros casos envolvendo outros sujeitos, não decorre exclusivamente do procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas. O legislador do novo CPC evidenciou que, para o IRDR, o *amicus* terá legitimidade recursal. Mas, sempre que a mesma lógica se apresentar, isto é, quando o *amicus* for admitido nos autos em razão da relevância das informações que pode trazer para a formação do precedente, terá legitimidade para recorrer da decisão final do caso.³⁷ Trata-se de interpretação extensiva do dispositivo aos procedimentos em que a decisão de um caso puder impactar a discussão em outros litígios.

³⁵ STF – ADI nº 3.615 ED/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 25.4.2008; ADI nº 4.167AgR-ED/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27.2.2013; STF – ADI nº 3.934 ED-AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 31.3.2011.

³⁶ STJ – Resp nº 1.261.020 ED/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 2.4.2013; REsp nº 1.143.677 ED-ED/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21.11.2012; SLS nº 1.425 ED-AgR/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 2.5.2012.

³⁷ Em sentido similar, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, v. 2. São Paulo: RT, 2015.

Em relação aos embargos de declaração, a legitimidade recursal do *amicus* também é admitida pela lei. Ao contrário do IRDR, aqui há um processo de partes em que a controvérsia reflete um conflito subjetivo à luz de fatos específicos. Nessa hipótese, a justificativa para a legitimidade recursal do *amicus curiae* é o caráter *informativo* de sua intervenção. Ora, se o *amicus* intervém para esclarecer, elucidar, transmitir sua *expertise*, contribuir com informações relevantes para a formação do convencimento, e se o ato jurisdicional contém algum ponto obscuro ou omissivo, nada mais natural que permitir ao *amicus* provocar o Judiciário à correção ou ao suprimento do defeito. A simples adaptação da decisão, com o esclarecimento necessário, pode atender a finalidade da intervenção do *amicus*.

Uma outra hipótese não prevista no novo CPC é o recurso contra a decisão que inadmitiu sua intervenção. O novo Código diz que é irrecorrível a decisão que admite a participação do *amicus*, mas silencia sobre o recurso contra a inadmissão. A jurisprudência, antes do novo CPC, reconhecia a legitimidade recursal do *amicus* nesse caso.³⁸ E entendemos que essa mesma lógica deve ser aplicada no regime do novo CPC. Tolher do *amicus curiae* a possibilidade de impugnar a decisão que concluiu pelo não cabimento de sua intervenção significaria reduzir a utilidade prática do instituto.

7.3 Sustentação oral em audiência no juízo, na tribuna recursal ou em audiência pública

No que se refere à possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae* por ocasião do julgamento dos recursos, a jurisprudência tem sido dividida. No STF, o entendimento majoritário é claramente favorável.³⁹ No STJ, todavia, a jurisprudência tem se fixado em outro sentido, predominantemente pronunciando a impossibilidade de o *amicus curiae* exigir um “direito” de sustentação oral.⁴⁰ A Corte Especial do STJ, em questão de ordem, entendeu, por maioria, que cabe ao Tribunal a faculdade de convocar ou não o interveniente para o exercício dos atos processuais. Nesse sentido, qualquer conduta do *amicus curiae* seria uma liberalidade do juízo, não havendo nenhuma posição jurídica de vantagem que assegurasse a possibilidade de exigir a manifestação oral.

Estamos, nesse ponto, na linha do STF e também com a melhor doutrina.⁴¹ Se a intenção do legislador do novo CPC foi ampliar o *amicus*, em nosso entendimento, deve ser autorizada sua manifestação oral, seja em audiência, seja na tribuna, para sustentação oral de seus recursos (nas hipóteses em que cabíveis).

³⁸ STF – ADI nº 3.105 ED/DF Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 23.2.2007; ADI nº 3.615 ED/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 25.4.2008; ADI nº 3.396 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.5.2012.

³⁹ STF – ADI nº 2.777 QO/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27.11.2003; ADI nº 2.675/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 27.11.2003; ADI nº 2.321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.8.2008; ADI nº 4.389 MC/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 3.2.2011; RE nº 416.827/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.9.2005.

⁴⁰ STJ – REsp nº 1.205.946 QO/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 17.8.2011; REsp nº 1309529/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 4.6.2013.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 8, p. 33-38, 2003.

Por outro lado, na linha da jurisprudência do STF que admite a possibilidade de o amigo da corte submeter ao juízo “propostas” de convocação de audiências públicas,⁴² entendemos que o *amicus curiae* deve ser autorizado também a manifestar-se por ocasião da audiência pública. E essa conclusão está respaldada em diversos dispositivos do novo CPC. Por exemplo, os arts. 983, § 1º, e 1.038 permitem que, no incidente de resolução de demandas repetitivas e nos recursos repetitivos, a coleta de informações relevantes seja feita em audiência pública, o que reforça o caráter participativo do *amicus curiae* no julgamento de casos repetitivos. Se assim for, seria incongruente reconhecer a importância da atuação do *amicus* nesses casos, convocar audiência pública para legitimar ainda mais o provimento jurisdicional e o procedimento de formação de precedentes e, ao mesmo tempo, negar ao *amicus* a possibilidade de manifestação no relevante momento da realização da audiência pública. Ao revés, trata-se de hipótese em que ao *amicus curiae* deve ser dada a oportunidade de expressão oral.

7.4 Legitimidade para ajuizamento de ação rescisória

O novo CPC trouxe uma sutil modificação na legitimidade para propositura de ação rescisória (art. 967). Após falar da legitimidade das partes (inciso I) e do Ministério Público, quando não ouvido no processo em que fosse obrigatória sua intervenção (inciso III, alínea a), o art. 967, IV, atribui legitimidade àquele que “não foi ouvido no processo em que era obrigatória a sua intervenção”. Inicialmente, é de ressaltar que o dispositivo, evidentemente, não se aplica nem às partes e nem ao MP, já referidos nos incisos I e III. Cabe indagar, portanto, quem seriam os sujeitos cuja intervenção pudesse ser considerada obrigatória e, não tendo participado do processo, fossem legitimados para postular a rescisão da sentença.

Concordamos com Fredie Didier Jr. em que o inciso IV não trata do litisconsorte necessário não citado, e dois são os argumentos para tanto. De um lado, o dispositivo fala em “intervenção”, o que exclui sua aplicação à hipótese de litisconsórcio necessário, para a qual seria necessária a “citação”. Note-se que o litisconsorte é parte, não terceiro interveniente. Por outro lado, Didier Jr. também chama atenção para o fato de que, para impugnar a falta ou nulidade de citação, o litisconsorte necessário que não participou no processo deve utilizar a *querela nullitatis*, prevista no art. 525, § 1º, I, do novo CPC, e não a ação rescisória.

Bom, se o dispositivo não é aplicável ao litisconsorte necessário, e tampouco ao MP e às partes (já referidos em outros incisos), fica claro que o art. 967, IV, prevê nova hipótese de legitimidade para ação rescisória para o *amicus curiae* nos casos em que sua intimação para intervir fosse obrigatória, mas não lhe tenha sido facultada a intervenção. Exemplos seriam os processos em que estejam em discussão matérias do âmbito regulatório da CVM e do Cade. Nesses casos, a legislação de regência há muito traz hipóteses de intervenção de *amicus curiae* (art. 31 da Lei nº 6.385/76; art. 118 da Lei nº 12.529/2011) e o novo CPC atribui a esses órgãos legitimidade para ajuizar a rescisória para

⁴² STF – ADPF nº 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.5.2014.

desconstituir a sentença quando poderiam ter participado do processo e não foram, à época, intimados para intervir.

Uma observação importante é que, a despeito da dicção legal, a *intervenção* não é obrigatória, nem mesmo em se tratando de órgãos públicos (autarquias regulatórias, p. ex.). O que é obrigatória é a *intimação* do órgão para que então participe do processo e diga se pretende intervir. Mas a intervenção como *amicus curiae* é ato discricionário do órgão público. Dependendo da conjuntura, o *amicus* pode simplesmente não intervir por razões estratégicas ou institucionais. P. ex., administrativamente, as decisões da CVM em processo sancionador são submetidas a recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). No caso de ação civil pública que discuta uma conduta como uso de informação privilegiada no mercado de capitais (*insider trading*), com base na Lei nº 7.913/89, mesmo tendo decidido administrativamente que a conduta foi ilícita, na prática, não é incomum que a CVM opte por não intervir no processo judicial antes do julgamento do recurso administrativo pelo CRSFN.⁴³

De todo modo, se fosse caso de potencial intervenção, e não tendo sido intimado para participar, o novo CPC atribui ao *amicus curiae* a legitimidade para ajuizar ação rescisória. Nesse sentido é o enunciado nº 339 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

CONCLUSÃO

O *amicus curiae*, na sua nova regulamentação do CPC/2015, foi muito ampliado em relação à legislação anterior, no intuito de servir como instrumento de democratização do debate, especialmente em vista de diversos novos institutos e técnicas que fazem com que a solução jurídica de um caso tenha impacto na decisão de muitos outros.

Analisando as disposições do CPC a respeito, vê-se que muitos dos entendimentos que haviam sido consolidados na jurisprudência anterior ao Código devem ser revistos. Na aplicação do *amicus curiae*, deve-se ter o cuidado – comum a outros campos do CPC/2015 – de não interpretar a lei nova com os olhos de quem via o ordenamento antes dela. É preciso interpretar e aplicar o novo Código de maneira arejada, sem cacoetes do sistema anterior incompatíveis com as novas disposições, e com o espírito de extrair do novo CPC sua máxima potencialidade na consecução dos direitos fundamentais.

⁴³ Contra, entendendo ser obrigatória, BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.279 ss.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Direito Federal*, Brasília, v. 22, n. 78, out-dez, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. Der amicus curiae und die alten Formen der Beteiligung Dritter am Rechtsstreit: Neue Tendenzen nach brasilianischem Recht. *in* GEIMER, Reinhold; SCHÜTZE, Rolf A. *Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. München: Sellier, p.77-78, 2012.

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LX, n. 2, 2005.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n.117, set-out, 2004.

CARNEIRO. Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis nº 8.437/92, art. 4º, e nº 9.469/97, art. 5º. *Revista Forense*, v. 363, setembro-outubro, 2002.

_____. Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 24, jul-ago, 2003.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Comentário ao art.138. *In* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DEL PRÁ, Carlos Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de Processo*, v. 220, 2013.

DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal nº 8.884/94) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal nº 6.385/76). *Revista de Processo*, n. 115, mai-jun 2004.

_____. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 8, 2003.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *Revista de Processo*, vol.106, abr-jun 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2007.

MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *A figura do amicus curiae e sua utilização no processo civil brasileiro*. 2010. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

SATO, Priscila Kei. O Instituto Nacional de Propriedade Industrial nas ações de nulidade e adjudicação: parte ou assistente? In DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

SILVESTRI, Elisabetta. L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, 1997.

TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art.138. In ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. *A CVM como amicus curiae*. *Revista dos Tribunais*, Vol. 690, abr. 1993.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento dos atos processuais. *Revista de Processo*, ano 34, v. 168, fev. 2009.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO PORTA-VOZ DOS DIREITOS DOS LITIGANTES INDIVIDUAIS NA FORMAÇÃO DA TESE JURÍDICA VINCULANTE

THE INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE CLAIMS AND THE ROLE OF THE BRASILIAN PUBLIC DEFENDER AS THE REPRESENTATIVE INSTITUTION FOR THE VULNERABLE INDIVIDUAL LITIGANTS AFFECTED BY THE DECISION

Cintia Regina Guedes

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – Fesudeperj.
cintia.guedes@terra.com.br

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a situação dos litigantes individuais que serão afetados pela tese jurídica firmada no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) à luz do direito ao contraditório, bem como o papel da Defensoria Pública como porta-voz destes litigantes que se encontrem em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: IRDR. Defensoria Pública. Litigantes individuais. *Amicus curiae*.

Abstract: This paper aims to analyze a new dispute resolution system created by the Brazilian Civil Procedure Code for the resolution of the repeated lawsuits, called "incident of resolution of repetitive claims", and the intervention possibility, in contradictory, of the individual litigants whose claims will be affected by the decision. The paper also analyse the role of the brasilian public defenders as the instrument of representing these vulnerable individual litigants.

Keywords: Repetitive claims. Public defenders. Individual lawsuits.

1. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A (FALTA DE) PROTEÇÃO E REPRESENTAÇÃO DOS TITULARES DE DIREITOS INDIVIDUAIS QUE FICAM VINCULADOS À TESE DEFINIDA PELO TRIBUNAL

A entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em março de 2016, consolidou uma tendência que vinha sendo introduzida no ordenamento nacional há algum tempo¹ de busca por instrumentos processuais destinados a solucionar, com maior celeridade, eficiência e racionalidade, as demandas

¹ Principalmente desde 2006, com a criação do julgamento da repercussão geral no STF por meio de recursos representativos da controvérsia (art. 543-B do CPC revogado, incluído pela Lei nº 11.418/2006) e da técnica de julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ (art. 543-C do CPC revogado, incluído pela Lei 11.672/2008).

repetitivas, principalmente por meio de técnicas voltadas à construção de decisões dotadas de efeito vinculante sobre os demais processos. Nessa linha de princípios, uma das grandes apostas do novo CPC é a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (doravante denominado apenas IRDR), incidente inspirado principalmente em técnicas desenvolvidas nos sistemas alemão e inglês,² e que visa à solução de demandas ou questões jurídicas repetitivas mediante um procedimento único (instaurado a partir da existência de uma multiplicidade de processos versando sobre a mesma questão jurídica), no qual é objetivamente definida, pelo tribunal competente, uma tese jurídica que será posteriormente aplicada aos demais processos que tratem da mesma questão.

Muito se tem falado acerca do importante papel da Defensoria Pública no referido incidente, especialmente quanto à legitimidade para sua instauração e para o pedido de revisão da tese, previstas, respectivamente, nos arts. 977, III, e 986 do CPC. Trata-se, sem dúvidas, de grande inovação no ordenamento jurídico, sendo a legitimidade da instituição um instrumento extremamente valioso e de inegável utilidade, em termos de celeridade, por possibilitar a rápida uniformização da jurisprudência e a obtenção de solução para as questões repetitivas acerca de temas de interesse dos assistidos da Defensoria, o que poderá implicar grande ganho de tempo nas demandas individuais.³ Não é essa forma de atuação da Defensoria, contudo, o foco do presente trabalho.

Para o que nos interessa neste artigo, releva considerar que o julgamento do IRDR pode afetar profundamente o direito de centenas e até milhares de jurisdicionados, cujos processos contenham questão idêntica à que venha a ser decidida no incidente, e em cujos processos a tese jurídica, depois de estabelecida, será pura e simplesmente “aplicada” (art. 985 do CPC), ou seja, incorporada como premissa jurídica inafastável no julgamento da lide individual, sendo cabível reclamação ao tribunal que firmou a tese em caso de sua não observância (art. 985, § 1º, do CPC).

Contudo, em que pese seu poder de afetar uma multiplicidade de processos (e o direito das partes nesses processos), a regulamentação legal do IRDR não contém previsão de um mecanismo efetivo de participação, em contraditório, dos titulares de direitos que serão atingidos pela decisão. Em outras palavras, todos aqueles que estejam discutindo, em processos individuais, questão “idêntica” àquela objeto do IRDR não têm assegurado um meio efetivo de apresentar seus argumentos no julgamento do incidente pelo tribunal de molde a influenciar o conteúdo da tese jurídica a ser adotada nesse julgamento.

² Especialmente a partir do *Musterverfahren* desenvolvido no direito alemão e do julgamento dos *group litigation order* inseridos nas *Civil Procedure Rules* inglesas editadas em 2010.

³ Vale destacar que a legitimidade da Defensoria para instauração do IRDR não concorre ou diminui sua legitimidade para a propositura de ações coletivas, pois os institutos têm espaços de atuação diferentes, bastando lembrar que o IRDR pode ser instaurado para a solução de questões meramente processuais que venham encontrando decisões divergentes no âmbito do mesmo tribunal (como aquelas envolvendo competência, legitimidade das partes para determinadas demandas e possibilidade de uso de mecanismos coercitivos contra os estes estatais, apenas para citar alguns exemplos de IRDR que já foram suscitados no Estado do Rio de Janeiro). Além disso, questões previdenciárias e tributárias que não podem ser demandadas por meio de ações coletivas, por força do disposto no art. 1º da Lei nº 7.347/85, podem ser submetidas ao Judiciário, com força vinculante, por meio do IRDR.

Note-se, contudo, que qualquer tese definida por meio do julgamento de um IRDR irá afetar uma quantidade grande de pessoas (pois a existência de uma “efetiva repetição de processos” é um dos seus pressupostos de admissibilidade – art. 976, I, do CPC), sendo certo que é justamente a potencialidade de intervenção de uma enorme massa de pessoas o que, na prática, inviabiliza a efetiva participação de todas essas pessoas de forma individualizada. Ademais, ao menos dois outros pontos dificultam a participação: o primeiro decorre da norma do art. 983 do CPC, que determina que a manifestação dos interessados deve se dar no prazo comum de 15 dias depois da decisão de admissibilidade do IRDR, quando é certo que os litigantes individuais não serão intimados dessa decisão, provavelmente só passando a dela ter conhecimento após a suspensão de seus processos, quando já se terá encerrado o prazo para manifestação.⁴ O segundo decorre da norma do art. 984, II, que estabelece o prazo de “30 minutos, dividido entre todos” para a sustentação oral de todos os (muitos) interessados, o que claramente inviabiliza o direito de as pessoas, individualmente consideradas, exporem seus argumentos perante o tribunal no dia do julgamento.⁵

Não se desconhece a previsão contida no art. 983 de participação obrigatória do órgão do Ministério Público no julgamento do IRDR, assim como de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, mas nenhum destes se destina à representação dos terceiros atingidos pela decisão. A participação do *Parquet* se dá a título de fiscal da ordem jurídica,⁶ ou seja, como uma presença imparcial, cuja função constitucional não é defender nenhum dos interesses em jogo, mas velar pela pluralidade do debate em razão da relevância social da questão e de sua repercussão sobre os demais processos individuais. Quanto às demais pessoas mencionadas no art. 983, assim como aqueles que

⁴ Nota-se aqui mais uma dificuldade dos litigantes individuais, especialmente os hipossuficientes, em comparação aos litigantes habituais e aos não hipossuficientes, e que precisa ser equacionada pela Defensoria Pública enquanto instituição permanente e organizada voltada à defesa dessas pessoas. Enquanto os litigantes habituais e os grandes escritórios tendem a ter conhecimento da instauração do incidente imediatamente, e até mesmo antes do seu juízo de admissibilidade (por serem parte única do(s) processo(s) que foi(foram) selecionados(s) como representantes da controvérsia, ou por manterem estrutura permanente de captura de informações sobre estas causas (vez que o art. 979 do CPC determina que a elas se deve dar publicidade, especialmente pelo sítio eletrônico do CNJ), o litigante individual não tem estrutura jurídica permanentemente preparada para acompanhar esse tipo de informação e, por isso, raramente terá conhecimento da instauração do IRDR e do conteúdo das teses e argumentos em jogo (favoráveis e contrários aos seus), diminuindo muito sua possibilidade de participação.

⁵ A violação do contraditório não passou despercebida à doutrina, sendo certo que Luiz Guilherme Marinoni, em leitura crítica do incidente de resolução de demandas repetitivas, conclui que a única forma de salvar institutos como o IRDR da inconstitucionalidade por violação ao contraditório e ao direito de ação é garantir a representação das pessoas que serão atingidas por uma decisão no julgamento do IRDR, por ele chamadas de sujeitos processuais “sem rosto e sem voz”. Mais do que a mera “participação democrática”, elas precisam ver seus interesses tutelados no julgamento que fixa a tese jurídica. Em suas palavras: “uma técnica de resolução de casos múltiplos não pode considerar situações jurídicas de massa para privilegiar o encontro de uma decisão sem a participação dos membros do grupo afetado. Isso constituiria uma ilegítima priorização da otimização da prestação jurisdicional sobre o direito fundamental de participar do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 32).

⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 611.

podem participar das audiências públicas em razão de seu conhecimento especializado no tema (art. 983, § 1º, do CPC), a doutrina considera que sua participação deve ocorrer com o escopo isento de fornecer informações, dados e argumentos que auxiliem o tribunal na tomada de decisão, buscando pluralizar o debate com a apresentação de visões técnicas e/ou especializadas acerca do tema a ser decidido. Costuma-se exemplificar com a participação das autarquias fiscalizadoras, como o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), as entidades científicas, os conselhos profissionais etc.

Nenhuma dessas participações tem por finalidade, efetivamente, apresentar os argumentos em defesa das pessoas que serão afetadas pela decisão, representando seus interesses em juízo, e permitindo que elas possam, realmente, influenciar a decisão e a fixação da tese jurídica. Em outras palavras, o direito ao contraditório, tão caro aos processualistas e ao próprio Estado democrático de direito,⁷ resta claramente diminuído (e por vezes quicá suprimido) no julgamento do IRDR, pois justamente os destinatários da decisão e da tese jurídica definida não têm oportunidade real de exercer influência sobre a convicção dos julgadores, sendo, na realidade, excluídos do processo de tomada de decisão.⁸

Deve ser destacado, ainda, que aqueles que são partes em processos em que se discute a mesma questão submetida a julgamento em um IRDR não têm sequer a possibilidade de requerer a exclusão de seu processo da suspensão processual (e, conseqüentemente, da vinculação à tese), como ocorre

⁷ No atual estágio evolutivo do processo civil e das garantias constitucionais, o contraditório não pode mais ser visto como uma garantia estática ou formal, a ser oportunizado apenas no momento inicial do processo, com a chamada do réu para se defender. Hoje, o conteúdo do contraditório participativo implica exigência de se garantir às partes meios adequados de participação e de colaboração no curso de todo o processo, assim como “a possibilidade de influir, com a sua atividade defensiva, na formação do convencimento do juiz (e, até mesmo, sobre o iter formativo) na decisão jurisdicional” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. I. 5. ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2011. p. 75). Tradução livre. Trata-se de encarar o processo como instrumento de concretização das garantias constitucionais, o que somente pode se efetivar se a solução da causa passar a ser efetivamente discutida e construída, através de um diálogo humano, entre as partes e o órgão judicial. Como afirma Leonardo Greco em relação ao contraditório: “Esse é o grande salto do nosso tempo: de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais. Ora, de nenhuma valia para a concretização desse objetivo terá toda a atividade dialética das partes se o juiz não revelar de que modo as alegações e provas que lhe são trazidas pelos litigantes estão sendo avaliadas pelo seu entendimento” (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In _____. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556).

⁸ Essa ausência de participação dos afetados pela decisão no julgamento do IRDR constitui clara contradição com o próprio arcabouço principiológico do novo CPC, pois o código tem grande preocupação com a efetividade do contraditório, adotando claramente um modelo de processo colaborativo, em que, em vários dispositivos, se assegura o direito das partes de influenciarem a decisão judicial. Apenas a título de exemplo, se pode destacar as normas constantes dos arts. 9º e 10 do CPC, que impõem a intimação das partes para se manifestar antes de qualquer decisão judicial, ainda que se trata de matéria puramente de direito, e de matéria que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, proibindo expressamente as chamadas decisões de terceira via.

com as ações coletivas,⁹ sendo-lhes imposta pela lei a suspensão processual e a posterior submissão à tese vinculante, o que aumenta a necessidade de ser viabilizada a sua participação na discussão da questão.

O presente estudo busca, portanto, propor uma nova leitura de alguns institutos já existentes no novo CPC, em especial o IRDR e a figura do *amicus curiae*, tendo por escopo conciliar a celeridade e a concentração decisória do IRDR com a garantia do contraditório, criando condições de assegurar a toda uma massa de jurisdicionados “sem voz” o direito a levar seus argumentos e seus pontos de vista ao órgão judicial competente para o julgamento do IRDR e de instaurar nesse julgamento um diálogo verdadeiro que permita que a construção da tese jurídica leve em consideração a visão dos vulneráveis a serem por ela atingidos.

2. A NECESSIDADE E A ESSENCIALIDADE DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO REPRESENTANTE DOS LITIGANTES INDIVIDUAIS NO IRDR

Hoje já se encontra assentado no pensamento institucional e na regulamentação normativa da atuação da Defensoria Pública que esta deve se dar tanto em prol dos vulneráveis econômicos (comumente denominados “hiposuficientes financeiros”) quanto em prol daqueles grupos de pessoas a quem a Constituição Federal (CF/88) e a legislação ordinária determinam que seja dada especial proteção, em razão do reconhecimento de sua situação pessoal de vulnerabilidade, como as crianças e adolescentes (art. 227 da CF/88 e Lei nº 8.069/90), as pessoas portadoras de necessidades especiais (arts. 23, II, e 37, VIII, da CF/88 e Lei nº 13.146/2015), o consumidor (art. 170, V, da CF/88 e Lei nº 8.079/90), o idoso (art. 230 da CF e Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003) e a mulher vítima de violência (Lei nº 11.340/2006), haja vista o disposto no art. 4º, XI, da Lei Complementar nº 80/94, com a redação dada pela LC nº 132/2009, além de outros grupos sociais vulneráveis, entre os quais podem ser incluídos os indígenas, os quilombolas, as vítimas de preconceito de raça ou orientação sexual e, de modo geral, todas as vítimas de grave violação de direitos humanos.¹⁰

Ademais, também constitui função da Defensoria Pública o exercício da defesa processual daqueles considerados organizacionalmente vulneráveis, função já reconhecida pela Lei nº 11.448/2007 (ao conferir à instituição legitimidade para a propositura da ação civil pública) e que vem reforçada no novo CPC, especialmente com a norma do art. 139, X, e a já mencionada legitimidade para a propositura do IRDR e para a formulação do pedido de superação da tese (arts. 977, III, e 986 do CPC).

⁹ Nas ações coletivas, é assegurado pelo art. 104 da Lei 8.078/90 ao litigante individual a possibilidade de exclusão da sua demanda do resultado final da ação coletiva, podendo este requerer o prosseguimento da sua ação, exercendo, assim, seu direito de autoexclusão (*opt out*), o que o coloca, à luz da garantia do contraditório e do acesso à justiça, em situação processual melhor que a dos litigantes que serão atingidos pela decisão proferida no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹⁰ Para um melhor exame do tema, que não cabe neste trabalho: SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 426 e seguintes.

Desde a conhecida obra de Mauro Cappelletti,¹¹ resultante do Projeto de Florença, a Defensoria Pública é a única instituição responsável por viabilizar, para a maior parte da população brasileira, a promessa constitucional de acesso à justiça. Contudo, no atual Estado democrático de direito, com o avançado nível de desenvolvimento das garantias fundamentais e as exigências de participação da população nas decisões fundamentais da sociedade, o acesso à justiça não pode mais ser compreendido apenas como o direito de propor uma demanda em juízo, mas sim como o direito de obter do Poder Judiciário uma decisão justa, resultado de um processo que tenha respeitado todas as garantias constitucionais e processuais, em especial o contraditório, entendido como o direito de influenciar de modo eficaz todas as decisões que possam afetar o direito do jurisdicionado.¹²

Ademais, a própria LC nº 80/94 estabelece, no inciso IV do art. 3º-A, como um dos objetivos fundamentais da instituição, a “garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”.

Portanto, sendo a Defensoria Pública a instituição voltada a garantir aos vulneráveis o direito de acesso à justiça, incumbe-lhe assegurar que esse direito não se resume ao ingresso em juízo, sendo papel essencial da instituição efetivamente garantir a todos os vulneráveis o direito ao contraditório e à participação processual, entendidos como o direito de ter seus argumentos expostos e considerados pelas Cortes no processo de formação das teses jurídicas repetitivas que serão posteriormente aplicadas aos seus processos individuais.

Dessa forma, não sendo possível que todos os litigantes vulneráveis possam estar presentes, individualmente, no julgamento de um IRDR, incumbe à Defensoria Pública enquanto instituição, viabilizar a sua participação e a representação coletiva de seus interesses no incidente, fornecendo ao tribunal a visão da questão jurídica sob a ótica dos direitos dos mais vulneráveis, ou seja, levando os argumentos favoráveis à tese que beneficia os vulneráveis, mostrando ao tribunal, ainda, as repercussões e consequências que a sua decisão terá na vida dessas pessoas. Em resumo, incumbe ao defensor público ser o porta-voz daqueles que não têm voz nos julgamentos coletivizados, atuando também para compensar o déficit de isonomia existente entre o litigante habitual e os litigantes eventuais (desorganizados), diminuindo a “assimetria estrutural favorável ao litigante habitual”.¹³

3. O INSTRUMENTO ADEQUADO PARA GARANTIR ESSA REPRESENTAÇÃO

Nos primeiros tópicos deste trabalho, foram estabelecidas como premissas a necessidade de que os titulares de direitos individuais que serão afe-

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹² Para aprofundamento do tema, pode-se consultar: COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil*. Lima: Raguel, 2016. p. 151/223; do mesmo autor: *Garanzie minime del giusto processo civile negli ordinamento ispano-latino americani*. In *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Ed. G. Giappichelli, 2004, p. 389-421.

¹³ A expressão é de Edilson Vitorelli (*O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016. p. 448), citada também por Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 42).

tados pela tese jurídica definida no IRDR precisam ter resguardado seu direito ao contraditório, bem como a possibilidade de que essas pessoas, quando integrantes de um grupo vulnerável, venham a ser representadas pela Defensoria Pública. Resta-nos examinar, por fim, qual seria o instrumento processual adequado, dentro da regulamentação legal, para viabilizar a presença da Defensoria Pública nos julgamentos do IRDR.

Como já mencionado, no item que trata do julgamento do IRDR, não há previsão legal de qualquer instrumento para o exercício do contraditório por parte dos titulares de direitos que serão atingidos pela decisão, sendo necessário um exame sistemático da legislação para se buscar o melhor instrumento para tanto, seja pelo enquadramento em um dos mecanismos de intervenção de terceiros já previstos na legislação processual, seja pela construção de mecanismo novo.

Aluísio Mendes e Sofia Temer,¹⁴ em artigo sobre o tema, defenderam entendimento de que, em razão do contraditório, as partes nos processos que serão afetados pela definição da tese precisam ter resguardado seu direito de intervir no julgamento do incidente, como *intervenientes*, ainda que não se enquadrem em nenhuma das figuras de intervenção conhecidas. Esta última, em seu livro, afirma que todos os sujeitos que serão afetados pela tese vinculativa são potencialmente intervenientes, sendo esta intervenção delimitada, contudo, pela possibilidade de apresentação de novos argumentos que possam contribuir para a ampliação do debate, o que traduziria a utilidade da intervenção. Não especifica, todavia, de que tipo de intervenção se trata ou que posição esses terceiros passariam a ter no julgamento do IRDR, afirmando, porém, que não poderiam ser considerados *amici curiae* em razão de apresentarem interesse jurídico no resultado do julgamento, o que não ocorreria com os *amici*, que teriam interesse apenas institucional.¹⁵

Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁶ sustentam que as partes dos processos suspensos teriam interesse jurídico no julgamento do incidente, razão pela qual poderiam intervir no julgamento da tese jurídica e atuar como *assistentes* de uma das partes no julgamento do caso concreto (causa-piloto), afirmando, contudo, que tal intervenção somente seria admitida se o interessado possuir argumentos novos para ajudar no debate da questão jurídica.

Ticiano Alves e Silva,¹⁷ tratando de tema bastante semelhante ao abordado no presente estudo (a intervenção daqueles que são partes em processos sobrestados em razão da afetação de um recurso especial repetitivo ou de um recurso extraordinário em que será analisada a repercussão geral), conclui que nenhum dos institutos de intervenção de terceiros é adequado para viabilizar essa manifestação e defende que ela se dê através de uma “intervenção do sobrestado”, que constituiria “modalidade *sui generis* de intervenção de terceiros”.

¹⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243/2015, p. 282-331.

¹⁵ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 184-186.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 607-608.

¹⁷ SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*, v. 182/2010, p. 234-257.

Embora os terceiros cujos processos foram sobrestados tenham efetivamente direito a influenciar a decisão a ser tomada no julgamento do incidente, não se olvida que não se faz possível a participação ampla e individualizada de todos estes sujeitos processuais, pois, diante da quantidade de pessoas, tal participação inviabilizaria o próprio procedimento de julgamento do incidente. Ademais, sendo o IRDR uma técnica de formação concentrada de precedentes¹⁸ que tem por objetivo racionalizar a prestação jurisdicional, forte nos princípios da celeridade e da economia processual, a permissão de que todas as pessoas interessadas possam intervir, uma a uma, no seu procedimento, faz cair por terra qualquer possibilidade de atingir seus escopos. Necessário buscar, portanto, um mecanismo de representação de toda essa massa de sujeitos processuais que possa viabilizar sua participação, materializando seu interesse na construção da tese.

Tratando das ações coletivas, a doutrina já assentou o entendimento de que o direito ao exercício do contraditório (entendido como a efetiva possibilidade de influenciar a decisão a ser tomada) por parte daqueles que serão afetados por uma decisão não pressupõe apenas a participação direta no processo, mas pode se dar pela representação adequada, por aquele escolhido como o porta-voz dos interesses do grupo ou classe que será afetado. O mesmo entendimento pode ser aplicado aos julgamentos concentrados, como ocorre com o IRDR. Faz-se necessário, portanto, identificar o representante realmente adequado e o instrumento que viabilize esta representação.

À falta de previsão específica e diante da dificuldade de enquadramento dessa nova forma de atuação nos tradicionais e rígidos institutos legais de intervenção de terceiros, parece-nos que a figura processual que mais se adéqua à hipótese é a do *amicus curiae*, não considerado em sua concepção clássica, de sujeito imparcial e auxiliar do juízo, mas, tal como vem sendo admitido hoje no direito norte-americano, como um *litigant amici*.¹⁹

Segundo aponta a doutrina, o *amicus curiae*, em sua origem, foi concebido no direito inglês como figura processual que, não sendo parte em um processo, nele intervinha apenas para prestar informações à Corte em assuntos que não fossem de domínio dos julgadores, mas sempre como um *disinterested bystander*, ou seja, um terceiro sem interesse nenhum na solução da controvérsia. Posteriormente, o *amicus curiae* desenvolveu-se sobremaneira no direito norte-americano, especialmente durante o último século, evoluindo principalmente no caminho do progressivo abandono da sua neutralidade para assumir (ainda que inicialmente por iniciativa dos próprios tribunais norte-americanos), um papel diverso, de garantia de participação de pessoas, instituições ou órgãos públicos que seriam, ainda que indiretamente, afetados pela decisão, *sempre que a falta de sua participação no processo pudesse causar grave injustiça*.²⁰

¹⁸ A expressão é utilizada por Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 03. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

¹⁹ Destaca-se que o CPC reforça a posição do *amicus curiae* como sujeito parcial do processo, ao regulamentar sua atuação como uma forma de intervenção de terceiros, e não entre os auxiliares do juízo.

²⁰ LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41: 1243. p. 1290 e seguintes.

Então, a partir de uma instituição “neutra”, desenvolveu-se a figura dos *litigant amici*, tanto públicos quanto privados, representados por aqueles que, embora não tendo interesse jurídico próprio (como teria um “assistente processual” no direito brasileiro), intervêm no processo em curso tanto para fornecer informações à corte quanto para defender algum interesse institucional de um grupo de pessoas, organizadas ou não (interesse não pessoal), afetado pela demanda.²¹ Seus poderes processuais passaram a ser estabelecidos, caso a caso, pelos tribunais, principalmente em razão da natureza pública ou privada dos interesses defendidos, não havendo uniformidade quanto ao tema na jurisprudência americana.²²

O que se percebe pelo estudo do tema no direito norte-americano é que, na falta de um instrumento processual ou de uma regulamentação para que se pudesse admitir a participação dos terceiros não representados nos processos de maior repercussão social, a jurisprudência das cortes federais foi desenvolvendo informalmente a figura do *amicus curiae* também com essa função, sendo certo que a ausência de definição prévia de limites rígidos para sua atuação, impostos por lei ou pelos tribunais, certamente contribuiu muito para tanto.²³

Dessa forma, embora o *amicus curiae* tenha surgido como figura imparcial (“amigo da corte”), atingiu grande desenvolvimento prático nos sistemas que adotam o modelo de *stare decisis* típico dos países de *common law*, pois,

²¹ São considerados “[...] the litigating amicus, an entity that lies somewhere between a real party in interest and the conventional *amicus curiae*.” LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41: 1243, p. 1290.

²² Hoje, no direito norte-americano, há dois regimes diferentes para os *amici* governamentais e para os *amici* privados, pois como os primeiros defendem interesses estatais (que são, em tese, de toda a coletividade), têm maior poder de atuar em juízo, praticamente com os mesmos poderes das partes (podem executar as decisões, arrolar e inquirir as testemunhas, trazer provas, etc.), pois os tribunais reconhecem a necessidade e os benefícios da participação dos órgãos estatais (locais ou federais) nos julgamentos, principalmente em casos de políticas públicas. Já os *litigant amici* de natureza privada têm atuação em juízo mais limitada. Eles podem levar informação à Corte, destacar questões que tenham sido negligenciadas pelas partes, complementar o cenário factual, e apontar eventuais consequências e implicações das decisões a serem tomadas. Mas comumente não podem fazer pedidos, executar acordos ou sentenças. A admissão de *amicus*, embora tenha alguma regulamentação legal, segue muito mais critérios pragmáticos, sendo analisada a utilidade de sua intervenção quanto às informações que possa prestar. Desde 1938 há previsão legal nas *Federal Rules*, exigindo que ele traga novas informações ou novas questões ainda não suficientemente esclarecidas, como condição para ser admitido. Há, ainda, exigência de que o *amicus* informe expressamente, em nome da transparência, quais os interessados que o apoiam, ainda que economicamente. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

²³ Elisabeta Silvestri afirma que a sobrevivência e a ampla admissibilidade da figura do *amicus curiae* nos EUA, apesar da existência de instrumentos específicos para a intervenção de terceiros em causas pendentes se deve principalmente à impossibilidade de se prever todas as hipóteses em que há interesse de um terceiro de participar de um processo, assim como à impossibilidade de se incluir nos requisitos preestabelecidos pelas figuras de intervenção todas as situações em que um terceiro tenha interesse autônomo e distinto daquele das partes. Dessa forma, a grande flexibilidade própria da construção norte-americana, permitindo a adaptação da atuação do *amicus* a cada caso concreto, é que explicaria seu sucesso. SILVESTRI, Elisabetta. *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 25 jul. 2017.

em razão da vinculação dos juízes aos precedentes, a decisão tomada em um processo judicial pode afetar a vida de dezenas e até de milhares de pessoas.²⁴

Tal situação também tende a ocorrer no direito brasileiro, pois nosso sistema processual vem se inspirando cada vez mais no sistema dos países do *common law*, já adotando claramente instrumentos como o *overruling* (superação) e o *distinguishing* (distinção), em razão da força vinculante de algumas decisões judiciais. Ademais, desde o advento do novo CPC, a figura do *amicus curiae* não somente passa a ter previsão legal expressa, como passa a ser possível sua atuação em qualquer tipo de demanda (desde que presente a “relevância da matéria” ou a “repercussão social da controvérsia”), havendo previsão, no art. 138, de uma verdadeira cláusula geral de atuação do *amicus curiae*.

No que pertine à sua atuação no processo de instrução e julgamento do IRDR, o art. 983 do CPC constitui cláusula aberta que permite a participação tanto dos que pretendam apenas contribuir com o juízo (denominadas pelo § 1º “pessoas com experiência e conhecimento da matéria” e que se enquadram no tradicional conceito de *amicus curiae* imparcial), como de “pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”, como consta do *caput*. Esta última previsão traz para o julgamento do IRDR a figura conhecida no direito norte-americano como *litigant amicus curiae*, cuja atuação visa exatamente assegurar a possibilidade de participação, ainda que por meio da sua representação por um órgão ou entidade, daqueles que têm *interesse* em influenciar a decisão a favor de uma tese jurídica que repercutirá sobre os seus processos individuais.

Embora a qualificação do tipo de “interesse” que justifica a intervenção desse terceiro em um processo constitua matéria bastante controvertida,²⁵ dúvidas não há de que o velho conceito de interesse jurídico, tal como construído para justificar a intervenção do assistente em processos individuais, não se adéqua às atuais necessidades do processo, em especial à necessidade de justificar a intervenção dos interessados nos mecanismos de construção de de-

²⁴ “De fato, o sistema do *common law* adota o modelo do *stare decisis*, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Assim, a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza. Surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam”. (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *vertreter des öffentlichen interessen*. *Revista de Processo*, v. 117/2004, p. 9-41, set-out 2004.)

²⁵ A doutrina costuma utilizar a terminologia “institucional” para definir o interesse que motiva a intervenção do *amicus curiae*, como o faz BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 459/467). Eduardo Cambi e Kleber Ricardo Damasceno, ressaltando estes últimos seu caráter de independência em relação ao interesse das partes no processo (CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *Revista de Processo*. Edição eletrônica. v. 192, fev. 2011). Há, contudo, quem defina esse interesse como interesse público, como o fez Carlos Gustavo Del Prá em um dos seus textos sobre o assunto, o qual, seguindo orientação de Gilmar Mendes, sustentou que o interesse que justifica a atuação do *amicus curiae* nos processos objetivos é o “interesse público de controle”, sendo esse interesse que diferencia a atuação do *amicus* da atuação do assistente, que deve ter sempre um “interesse jurídico subjetivo”. (Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN. In DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Assuntos atuais e polêmicos sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.)

cisões vinculantes. Como afirma Cassio Scarpinella,²⁶ o conceito de interesse jurídico precisa ser reconstruído a fim de que possa se adaptar às novas formas de intervenção de terceiros exigidas pelo contraditório, em especial ao direito de manifestação dos litigantes nos mecanismos de julgamento concentrados de litígios.

Destarte, tal como ocorreu no direito norte-americano, cabe à doutrina e à jurisprudência brasileiras a construção do perfil do *amicus curiae*, definindo, principalmente, os interesses que justificam sua atuação, assim como os poderes processuais que ele pode exercer em cada caso, de molde a adequar o instituto, recém-positivado na legislação processual, às situações em que se apresente necessária a intervenção de terceiros em um processo sem que haja previsão de mecanismo específico para tanto.²⁷

CONCLUSÃO

Em que pese sermos um país cujo sistema jurídico sempre foi considerado pertencente ao modelo de *civil law*, a nova legislação processual nos aproxima cada vez mais de um modelo de *comon law*, especialmente em razão da criação e do fortalecimento de instrumentos e mecanismos de julgamentos destinados à produção centralizada de decisões judiciais vinculantes por parte dos tribunais, cuja observância irrestrita é claramente imposta aos juízes e jurisdicionados. Diante desse panorama, cabe à Defensoria Pública buscar mecanismos que possibilitem sua atuação efetiva nesses julgamentos com vistas a resguardar os direitos das camadas mais vulneráveis da população.

Por ser uma instituição com capilaridade, que atua tanto nas demandas individuais quanto nas coletivas, a Defensoria tem condições de litigar de forma estratégica, seja selecionando os melhores casos para serem levados aos tribunais (quando atua deflagrando o incidente ou colaborando na escolha do recurso paradigma a ser julgado pelos tribunais superiores), seja colhendo as informações e selecionando os melhores argumentos para a preparação do *brief* a ser apresentado na defesa dos vulneráveis que serão atingidos pela repercussão do julgamento, quando não deflagrado por ela.²⁸ Incumbe à instituição,

²⁶ "Transforma-se, assim, o conceito de interesse jurídico para melhor atender e tutelar outras situações jurídicas, não cobertas por outras figuras conhecidas pelo nosso direito processual civil". BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 463.

²⁷ "Aspetto, va rilevato che ammettere la partecipazione al processo di amici curiae potrebbe costituire un valido método per dare voce a quegli interessi superindividuali che nel nostro ordinamento restano esclusi". SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 25 jul. 2017. Em tradução livre: "[...] admitir a participação no processo de *amici curiae* poderia constituir um método válido de dar voz a aqueles interesses supraindividuais que no nosso ordenamento são excluídos (salvo raras exceções) de qualquer forma de tutela jurisdicional".

²⁸ "Destaque-se que, não obstante a existência de outras instituições com atribuição para representar e defender os direitos do cidadão, a Defensoria encontra-se em um local privilegiado no sistema de Justiça, pois possui contato direto com a população, especialmente em decorrência da representação dos direitos individuais em sentido amplo, o que permite com maior facilidade a identificação dos problemas jurídicos que assolam a população, antes que eles se tornem litígios de massa, e comprometam a prestação jurisdicional." (CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Observações sobre a legitimidade da Defensoria Pública no incidente de resolução de demandas repetitivas*. Coleção Repercussão do novo CPC: Defensoria Pública. Coordenador José Augusto Garcia de Sousa. Salvador: Juspodivim, 2015, p. 115).

portanto, usar a experiência acumulada com a análise dos casos individuais, em sua múltipla complexidade fática, e o conhecimento das consequências das decisões sobre a vida cotidiana da população, para que essa participação se dê da forma mais ampla e democrática possível, trazendo todos os argumentos possíveis em prol da tese que se quer que seja acolhida.

Para tanto, é essencial que as Defensorias Públicas percebam a necessidade de participar da instrução e dos julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, neles atuando como porta-voz dos direitos das pessoas que integram as classes mais vulneráveis em razão do ponto de vista econômico ou de alguma característica que torne necessária uma especial proteção. Tal participação é tão importante quanto a atuação nas demandas individuais, pois, a partir da entrada em vigor do novo CPC, há grande tendência de que todas as questões repetitivas passem a ser decididas por meio do julgamento de IRDR, sendo, então, proferidas decisões e escolhidas as teses jurídicas que vincularão todos os juízes subordinados hierarquicamente ao tribunal. Destarte, sendo a Defensoria a responsável pelo patrocínio de boa parte das demandas em curso no Judiciário brasileiro (situação que tende a se agravar em razão da crise econômica que a cada dia empobrece ainda mais a população), ela precisa influenciar o julgamento dessas questões, sob pena de, se omitindo, permitir que as questões que atingem, em grande escala, o público potencial da instituição sejam decididas de forma autoritária, com uma visão estreita do tema, sem que esse público tenha sequer a possibilidade de apresentar seu ponto de vista e ser representado no processo decisório das questões que irão atingir diretamente sua situação jurídica.

Essa nova forma de atuação passa pela definição de órgãos dentro da estrutura organizacional de cada Defensoria que possam centralizar a litigância estratégica da instituição, tanto recebendo afluxo de informações de todos os defensores quanto identificando, sob a ótica das funções institucionais, as teses jurídicas e os grupos de pessoas que devem receber atenção especial. Essa atuação deve ser sempre proativa, assim como fazem os grandes litigantes (litigantes habituais), identificando as questões relevantes para os interesses dos vulneráveis logo que submetidas a um julgamento por meio de IRDR. Ademais, é necessária também a conscientização de todos os defensores, em cada demanda individual, da importância do papel da Defensoria e das questões que mereçam ser defendidas pela instituição por meio de instrumentos de resolução concentrada de conflitos.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o amicus e o vertreter des öffentlichen interesses. *Revista de Processo*, v. 117, p. 9-41, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. I. 5. ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil*. Lima: Raguel, 2016.

_____. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Ed. G. Giappichelli, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

GOLDMAN, Brian P. Should the Supreme Court inviting amici curiae to defend abandoned lower court decisions? *Stanford Law Review*, v. 63, issue 4, 2011.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In _____. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

KOCHEVAR, Steven. Amici curiae in civil law jurisdiction. *The Yale Law Journal*, 122:1653, 2013.

LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? *The American University Law Review*, v. 41: 1243.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Decisão de questão idêntica X precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 243, p. 282-331, 2015.

SILVA, Franklyn Roger Alves. (Org.). *CPC/2015*. Perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*, v. 182, p. 234-257, 2010.

SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 25 jul. 2017.

SOUSA, José Augusto Garcia de. (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

A CONDUÇÃO DO VEÍCULO COLETIVO E OS DESAFIOS DA JUSTIÇA PARA TODOS¹

THE CONDUCTION OF THE COLLECTIVE VEHICLE AND THE CHALLENGES OF JUSTICE FOR ALL

Pedro Fortes

Professor licenciado da FGV Direito Rio. Pesquisador associado ao Centro de Estudos Sócio-Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Oxford. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. pfortes@stanfordalumni.org

Resumo: A condução do veículo coletivo não é apenas uma questão de legitimidade ativa, mas uma questão de desenvolvimento de infraestruturas institucionais para mobilização de interesses individuais para fins de efetiva tutela coletiva de direitos, ampliando-se a legitimidade democrática, a representatividade adequada e a participação cidadã. Além da ampliação do acesso à justiça, novas possibilidades de participação e de representação dos interesses difusos em juízo, surgem novos desafios para a justiça coletiva, como a coordenação dos atores coletivos e eventuais conflitos internos do grupo representado. Todo veículo coletivo é estruturado institucionalmente, com a criação de mecanismos de agregação de interesses transindividuais. A tutela coletiva de direitos deve superar o problema dos caronas livres e do condutor que atua como sequestrador de passageiros, conduzindo o veículo coletivo na direção diametralmente oposta à defesa dos interesses de membros que deveria representar. Novas tecnologias também impactam os potenciais resultados dessas infraestruturas institucionais.

Palavras-chave: Tutela coletiva de direitos. Representatividade adequada. Carona livre. Agregação de interesses. Mobilização social. Legitimidade democrática. Participação cidadã. Carona sequestrado. Justiça digital.

Abstract: The conduction of the collective vehicle is not only a matter of standing, but also a question of developing institutional infrastructures to mobilize individual interests for the purpose of effective collective protection of rights, maximizing democratic legitimacy, adequacy of representation and citizen's participation. In addition to broadening access to justice, new possibilities for participation and representation of diffuse interests in court, new challenges for collective justice arise, such

¹ Ideias defendidas nesse artigo foram discutidas em *workshop* no Centro de Estudos Sócio-Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Oxford e no Curso de Capacitação para Atuação Estratégica em Tutela Coletiva da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e eu sou grato, respectivamente, a Marina Kurkchian Banks e José Augusto Garcia de Sousa pelos convites, bem como aos demais participantes desses eventos pela oportunidade de discutir minhas ideias com público tão qualificado. Júlio Machado e Eduardo Tostes comentaram versões maduras do capítulo e agradeço pelo *feedback* valioso. Parabenizo ainda toda a equipe da *Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro* pelo apoio excelente dado a essa publicação. Erros são todos meus.

as the coordination of collective actors and possible internal conflicts of the represented group. Every collective vehicle is structured institutionally, with the creation of mechanisms for aggregation of transindividual interests. The collective protection of rights must overcome the problem of free riders and the conductor who kidnaps riders, leading the collective vehicle in the diametrical opposite direction to the defense of the interests of members that it should represent. New technologies also impact the potential outcomes of these institutional infrastructures.

Keywords: Civil public actions. Adequacy of representation. Free rider. Aggregation of interests. Social mobilization. Democratic legitimacy. Citizen's participation. Kidnapped rider. Digital justice.

INTRODUÇÃO

O presente artigo explora a ideia da condução do veículo coletivo como ponto de partida para a análise da tutela coletiva de direitos. A literatura acadêmica normalmente examina apenas a questão da legitimidade processual formal para se ajuizar uma ação coletiva sem investigar empiricamente como as organizações e associações desenvolvem as infraestruturas necessárias para mobilizar os interesses individuais e se transformar, de fato, em um veículo de tutela transindividual de direitos. A questão do desenvolvimento institucional não é um tema meramente organizacional, possuindo relevância direta para a análise da legitimidade democrática, da representatividade adequada e da participação cidadã na tutela coletiva de direitos. Com o desenvolvimento de diversas infraestruturas institucionais, a ação coletiva serve como veículo coletivo para a defesa de interesses transindividuais de diversos segmentos da sociedade. Por um lado, amplia-se o acesso à justiça coletiva com novas possibilidades de participação e de representação dos interesses difusos em juízo. Por outro lado, surgem novos desafios para a justiça coletiva, como a coordenação dos atores coletivos e eventuais conflitos internos do grupo representado.

Assim, a questão-problema deste artigo é a seguinte: como desenvolver e conduzir a ação coletiva de maneira a proteger os interesses da coletividade? Em termos de metodologia, as principais ideias do texto foram desenvolvidas com base em ampla pesquisa empírica sobre a tutela coletiva de direito, adotando-se entrevistas, documentos e participação observadora como fontes para a análise do tema.² A ideia de veículo coletivo surgiu a partir da metáfora dos caminhos da justiça³ e do *insight* original de que uma ação coletiva poderia ser analisada como uma *omnibus actio*, isto é, tanto como uma “ação para todos” – já que a expressão latina *omnibus* significa literalmente “para todos” – quanto um veículo processual coletivo ou *omnibus* voltado para a tutela dos interesses de todos.

² FORTES, Pedro. *Collective Action in Comparative and Empirical Perspective: Towards a Socio-Legal Theory*. DPhil Thesis deposited at the Bodleian Library, 2017.

³ GENN, Hazel. *Paths to justice: what people do and think about going to law*. Oxford: Hart, 1999.

O presente trabalho é original pelo ineditismo de apresentar como os veículos coletivos são estruturados institucionalmente, explicando ainda que a democratização do acesso à justiça passa exatamente pela criação de diferentes mecanismos de agregação de interesses transindividuais. O trabalho é relevante pela discussão de temas caros à tutela coletiva de direitos, como, por exemplo, se o condutor pode atuar como o sequestrador de passageiros, conduzindo o veículo coletivo na direção diametralmente oposta à defesa dos interesses de membros que deveria representar.⁴

Além dessa introdução, a segunda seção esclarece como cada ator coletivo desenvolve a infraestrutura específica do seu veículo coletivo, apresentando exemplos concretos a partir da experiência da tutela coletiva do consumidor no Rio de Janeiro e em São Paulo. A terceira seção discute os desafios da justiça coletiva, analisando sua transformação dinâmica e os desafios ligados aos caronas livres, caronas sequestrados e participação do indivíduo. A quarta seção apresenta considerações finais, inclusive sobre os impactos potenciais das novas tecnologias nessas infraestruturas.

1. AÇÃO COLETIVA COMO VEÍCULO COLETIVO

O tráfego processual é tão complexo quanto o tráfego de veículos em nossas cidades. Ainda que caminhos sejam projetados, os padrões de uso não são totalmente controlados, e o fluxo varia de acordo com as complexidades de conduta das multidões de indivíduos que utilizam o sistema.⁵ No caso do modelo brasileiro, por exemplo, existe uma bifurcação de vias individuais e coletivas. Apesar de os indivíduos serem responsáveis pela maioria das reclamações iniciadoras dos inquéritos civis e das investigações de transgressões coletivas,⁶ ao contrário da *class action* estadunidense, um indivíduo não pode ser o condutor da ação coletiva brasileira.⁷ Além disso, um consumidor lesado raramente considera a possibilidade de intervir ou de se habilitar na ação coletiva devido à necessidade de contratação de advogado e ao custo econômico do pagamento de honorários e das custas processuais⁸ sem que haja qualquer benefício em

⁴ Sobre o passageiro sequestrado, veja YEAZELL, Stephen. *Collective litigation as collective action*. *University of Illinois Law Review*, 1989, p. 43.

⁵ Sobre as complexidades e incertezas que surgem do tráfego de veículos, veja PRIGOGINE, Ilya; HERMAN, Robert. *Kinetic theory of vehicular traffic*. *Elsevier*, x-xi, p. 37-41 & 91, 1971.

⁶ FORTES, Pedro. O impacto regulatório da tutela coletiva de direitos: a definição das regras e o desenvolvimento socioeconômico. In JUNQUEIRA, Kátia. (Org.). *Repensando a regulação no Brasil: novas visões e propostas*. Rio de Janeiro: Editora Synergia, 2019, no prelo.

⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade do indivíduo nas ações coletivas. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Eds.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, p. 1243-1253, 2014. Alguns lembram que o cidadão deve ser o autor da ação popular para sugerir que o indivíduo já possui legitimidade para a ação coletiva (art. 1º da Lei nº 4.717/65), mas a ação popular não admite pedido indenizatório, defesa da matéria de consumo e não tem mecanismo sustentável de financiamento ou incentivos econômicos para se tornar meio sustentável de exercício efetivo da tutela coletiva de direitos.

⁸ Sobre o regime de custos no processo civil brasileiro e latino-americano, veja GÓMEZ, Manuel. *Latin America: a regional report*. In HODGES, Chris; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena. (Eds.). *The costs and funding of civil litigation*. Oxford: Hart, 2010, p. 393.

comparação com a defesa de seus interesses pela via individual, seja no juizado especial cível ou em uma vara cível.⁹

Essa arquitetura normativa leva a uma bifurcação processual e a um cenário em que os indivíduos protegem seus direitos individuais predominantemente nos juzados especiais cíveis, e os atores coletivos tutelam direitos coletivos noutros juzos especializados. Os atores coletivos são definidos como os agentes corporativos responsáveis pelo desempenho do papel de representantes dos indivíduos nas ações coletivas. Seu modo de constituição, seu caráter, sua infraestrutura e suas interações dinâmicas são decisivas para a ação coletiva, porque influenciam sua conduta. Os atores coletivos surgiram como agentes corporativos por meio da institucionalização de certos grupos como organizações capazes de participação ativa na sociedade.¹⁰ Na sua concepção original, a ideia de representação e a capacidade política dos agentes corporativos estavam intrinsecamente ligadas ao exercício coletivo do poder, e não apenas aos direitos privados de uma soma de indivíduos.¹¹ De acordo com as teorias medievais, a unidade necessária do corpo corporativo se originou da vontade divina e da força do espírito.¹² Hoje em dia, o espírito de corpo, a cultura e a ideologia proporcionam o senso de coesão interna e missão externa das organizações.¹³ Nas ações coletivas, os atores coletivos são demandantes ideológicos, motivados não pelo próprio interesse, mas pelo senso de responsabilidade profissional e pela busca do bem público.¹⁴

Uma dimensão importante da legitimidade democrática envolve a análise da representação política e do dilema entre o principal e seu agente. A ideia tradicional é que os órgãos não eleitos podem desempenhar certas funções políticas sem perda da legitimidade democrática, porque funcionam como agentes de um ente principal,¹⁵ no caso da tutela coletiva de direitos de

⁹ Uma ação coletiva não produz necessariamente litispêndência em uma ação individual, suspendendo-a automaticamente. Veja CAMPOLIETI, Federico; LIMA, Ignacio J. Minorini. Latin America. In KARLSGODT, Paul. (Ed.). *World Class Actions: A guide to group and representative actions around the globe*. Oxford: OUP, p. 120, 2012. Se os consumidores procuram compensação individual em paralelo com ações coletivas, o direito estabelece uma prerrogativa para os réus. Nesse caso, os demandados podem notificar o tribunal sobre a existência de uma ação coletiva e forçar o demandante individual a escolher se deve continuar com a ação individual ou ficar vinculado pela ação coletiva. Se ela optar pela ação coletiva, o tribunal suspenderá a ação individual e aguardará até a decisão final do processo coletivo. Caso contrário, ela será forçada a sair da ação coletiva e se beneficiará apenas da ação individual que ela promove. Veja MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 278-281.

¹⁰ PEDERSEN, Jesper Strandgaard; DOBBIN, Frank. The social invention of collective actors: on the rise of the organisation. *American Behavioral Scientist*, v. 40, p. 431-432, 1997; GIERKE, Otto von. *Political theories of the middle age*. Cambridge: CUP, p. 22-30, 1900.

¹¹ GIERKE, Otto von. *Political theories of the middle age*. Cambridge: CUP, 1900, p. 63.

¹² GIERKE, Otto von. *Political theories of the middle age*. Cambridge: CUP, 1900, p. 9-10.

¹³ Veja MERTON, Robert. Bureaucratic structure and personality. *Social Forces*, v. 18, p. 564, 1940; BOURDIEU, Pierre. *The State Nobility: Elite Schools in the Field of Power*. Polity Press, 1996, p. 180-183.

¹⁴ Veja MORABITO, Vince. Ideological plaintiffs and class actions – the Australian perspective. *University of British Columbia Law Review*, v. 34, p. 496-498, 2001; MULHERON, Rachael. A channel apart: why the United Kingdom has departed from the European Commission's recommendation on class actions. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 17, 2015, p. 39.

¹⁵ VIBERT, Frank. *The rise of the unelected: democracy and the new separation of powers*. Cambridge: CUP, 2007, p. 70.

grupos de indivíduos representados. Nesse sentido, o representante deve agir de forma independente, mas sempre em defesa dos interesses dos representados, respondendo a eles.¹⁶ Na perspectiva dinâmica da representação, contudo, as relações diádicas – o principal (representado) e o agente (representante) – se transformam em relações sistêmicas complexas com múltiplos fluxos de informação e comunicação entre representantes e representados.¹⁷ Nesse cenário, diversos atores podem reivindicar a posição de representante, antecipando-se a preferências de seus representados potenciais e influenciando as preferências futuras por meio de seu discurso e de suas ações.¹⁸ A representação se torna um processo interativo contínuo de reivindicação e recebimento de reivindicações, no qual o público é invocado por um agente potencial e eventualmente constituído por meio de uma demanda e uma resposta, constituindo-se mutuamente o representante e os representados.¹⁹ Essa dinâmica de demandas representativas é essencial para a compreensão da competição institucional entre os autores coletivos da tutela coletiva de direitos.²⁰

Os atores coletivos são exatamente corpos intermediários para a promoção de direitos coletivos na sociedade ou os “homens do meio” (*middle men*) em termos mais coloquiais.²¹ Por um lado, esses agentes corporativos fragmentam os poderes do Estado, protegendo de forma independente os interesses do grupo. Por outro lado, a organização interna dos atores coletivos pode alienar a participação de indivíduos e subclasses minoritárias de membros do grupo, um desafio para a arquitetura jurídica da ação coletiva.²² Os atores coletivos são uma parte importante de qualquer sistema de ação coletiva. Como eles representam os interesses de um grupo, seu papel é fundamental na proteção efetiva dos direitos coletivos. Como corpos intermediários, são responsáveis por coletar múltiplas reclamações individuais ou informações de lesão transindividual, traduzindo-as em demandas coletivas. Não raro, o próprio indivíduo ignora a sua condição de lesado juridicamente. Também é comum o

¹⁶ PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. University of California Press, 1967, p. 209.

¹⁷ SAWARD, Michael. *The representative claim*. Oxford: OUP, 2010, p. 20.

¹⁸ SAWARD, Michael. *The representative claim*. Oxford: OUP, 2010, p. 20-25.

¹⁹ SAWARD, Michael. *The representative claim*. Oxford: OUP, 2010, p. 26-29.

²⁰ A complexidade da representação política é um assunto fundamental da ciência política. Por exemplo, Thomas Hobbes fez forte defesa do poder político concentrado do autocrata soberano, sugerindo que a separação de poderes levaria ao colapso do Estado. (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: CUP, 1996, p. 111-115). Em contraste, David Hume considerou a divisão do poder entre vários membros do governo como condição necessária para a liberdade. Hume considerava as pessoas impróprias para o governo, mas elogiava a dispersão das correntes populares em pequenos corpos, mais susceptíveis de razão e ordem e capazes de perseguir o interesse público constante e metodicamente. (HUME, David. *Essays: moral, political, and literary*. Liberty Fund, 1994, p. 32-41). Desde a época medieval, os agentes de grupo tradicionalmente protegem interesses coletivos na Europa, operando como mediador entre o Estado e os indivíduos. (GIERKE, Otto von. *Political theories of the middle age*. Cambridge: CUP, 1900, p. 37-61).

²¹ Sobre a ideia de um „homem do meio“ como posicionamento das instituições responsáveis pela regulação da relação de consumo (B2C), veja CREUTZFELDT, Naomi. *What people expect from Ombudsmen in the UK: a report on the findings of the project on „Trusting the middle-man: impact and legitimacy of ombudsmen in Europe“*. Policy brief, CSLS 2015, p. 3-7.

²² RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis E.; HENSLER, Deborah R. Individuals within the aggregate: relationships, representation, and fees. *NYU Law Review*, v. 71, p. 376-381, 1996.

fenômeno da “apatia racional”, isto é, a análise pela perspectiva do custo e do benefício de que é economicamente mais eficiente internalizar o prejuízo do que buscar a reparação individual ou a tutela coletiva de direitos.²³

No contexto da tutela coletiva do consumidor no Estado do Rio de Janeiro, a título exemplificativo, vários operadores do direito promovem seus processos coletivos com base na evidência recolhida pelas suas infraestruturas. Portanto, o corpo institucional dos atores coletivos é constituído para facilitar a interação com consumidores individuais e agregar seus interesses como preparação para uma demanda coletiva. Cada ator coletivo desenvolve uma estratégia particular e investe seus recursos. Promotores de justiça, defensores públicos, advogados da assembleia estadual e associações privadas estabeleceram infraestruturas específicas como pontos focais com ligações para redes de consumidores que trazem suas demandas individuais. Essas demandas individuais são coletadas e coletivizadas como um meio de promover proteção efetiva do consumidor.

O ator institucional pioneiro no desenvolvimento dessa infraestrutura específica foi o Ministério Público. Devido à capacidade de mobilização e transformação da estrutura organizacional, ao reconciliar a independência do Ministério Público com a unidade institucional, os promotores estavam em condições de construir coesão e atuar com interdependência.²⁴ A equipe de tutela coletiva do consumidor do Ministério Público se tornou um ator coletivo proeminente com reconhecimento social na década de 1990, prestando atenção personalizada a cada consumidor individual e estabelecendo um regime de mediação individual com empresas antes de ajuizar seus processos.²⁵ Em 2005, um novo procurador-geral decidiu estabelecer o Ministério Público como um *ombudsman* geral, criando uma linha direta e um *site* para fins de coleta de reclamações jurídicas da população.²⁶ O procurador-geral posicionou o Ministério Público como uma ouvidoria-geral, mesmo na ausência da lei específica, que consolidaria esse posicionamento institucional em 2013 com a promulgação da Lei da Ouvidoria.²⁷ Essa estratégia foi bem-sucedida, e os promotores de tutela coletiva do consumidor recebem inúmeras reclamações diariamente, as quais são distribuídas para cada uma das cinco promotorias correspondentes. Além disso, o Ministério Público investiu recursos no estabelecimento de uma equipe de especialistas forenses para prestar apoio técnico aos promotores em casos altamente complexos.²⁸ A acumulação de capital social adquirida por meio de

²³ Sobre a apatia racional nos casos de “valor negativo”, veja COFFEE JR, John C. *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 77; COFFEE JR, John C. *Class action accountability: Reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation*. *Columbia Law Review*, v. 100, 2000, p. 370.

²⁴ COSLOVSKY, Salo; NIGAM, Amit. *Building prosecutorial autonomy from within: the transformation of the Ministério Público in Brazil*, NYU Wagner Research Paper, 2015, p. 34-36.

²⁵ FORTES, Pedro. *Collective Action in Comparative and Empirical Perspective: Towards a Socio-Legal Theory*, DPhil Thesis deposited at the Bodleian Library, 2017.

²⁶ Sobre a atuação do Ministério Público como *ombudsman* ser decorrente do papel de defensor da sociedade previsto na Constituição de 1988, veja MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁷ Lei Estadual nº 6.451/2013.

²⁸ Trata-se do Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE), formado por peritos especializados em diversas áreas científicas, nos termos do art. 3º da Resolução GPGJ nº 1.695/2011.

importantes vitórias jurídicas foi acompanhada pela mobilização de recursos e melhoria de infraestrutura. A atuação ministerial é pautada pela obrigatoriedade de ação e pelo perfil institucional de defesa da sociedade em geral, o que se reflete nas investigações, ações coletivas e negociações de TACs. O Ministério Público estabeleceu um modelo bem-sucedido de atuação na tutela coletiva do consumidor que atraiu competidores institucionais.

A Defensoria Pública se firmou como ator coletivo por meio de um trabalho importante de empreendedorismo institucional junto aos tribunais, ao Congresso Nacional e à opinião pública.²⁹ A Constituição estabeleceu a Defensoria Pública como instituição obrigatória no sistema de Justiça da União e em todos os estados.³⁰ O Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública Geral do Estado (Nudecon-DPGE) é composto por uma equipe de defensores públicos que trabalha sob a liderança direta de um coordenador designado pelo defensor público-geral.³¹ A defensora líder do Nudecon desempenha um papel de diplomacia institucional importante, promovendo constantemente a imagem dos defensores públicos de defesa do consumidor, representando o órgão em conferências, entrevistas e reuniões para discussão de políticas públicas.³² Além disso, outros defensores públicos trabalham no órgão no centro do Rio de Janeiro, atendendo aproximadamente 80 consumidores individuais por dia.³³ A partir desses casos individuais e de outras fontes de informação de lesão a direitos coletivos, o Nudecon seleciona os casos recorrentes, representativos e com dimensão coletiva.³⁴ A atuação efetiva nos processos coletivos foi importante para a consolidação da sua legitimidade ativa autônoma em ações coletivas. Superado um momento de competitividade institucional com o Minis-

²⁹ Particularmente no caso da proteção ao consumidor, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro foi pioneira na apresentação de ações coletivas, assumindo que a Defensoria possuía legitimidade autônoma para a ação coletiva. Essa iniciativa original foi repetidamente rejeitada pelos juízes, que mencionavam a ausência da Defensoria Pública no rol original de potenciais autores de ação civil pública na LACP. O fracasso inicial foi seguido de sucesso em casos isolados em que a Defensoria Pública ajuizou ações coletivas em nome de associações civis que não tinham recursos econômicos para financiar seus processos coletivos. No entanto, sua presença excepcional como demandante em ações coletivas criou um impulso ao reconhecimento da Defensoria como potencial legitimado autônomo para processos coletivos. Gradualmente, os tribunais aceitaram essa possibilidade (REsp. nº 555.111-RJ, Relator Castro Filho, 3ª Turma, STJ, 5.9.2006) e uma reforma legislativa expressamente admitiu a Defensoria como legitimado ativo de ações coletivas em 2007. Registre-se o papel pioneiro de empreendedorismo institucional desenvolvido por José Augusto Garcia de Sousa para afirmar a legitimidade ativa da Defensoria no âmbito da tutela coletiva do consumidor.

³⁰ O histórico institucional da Defensoria Pública é mais recente do que o Ministério Público. Veja MADEIRA, Lígia Mori. Institutionalisation, reform and independence of the public defender's office in Brazil. *Brazilian Political Science Review*, v. 8, p. 51, 2014. Originalmente, outros atores institucionais desempenharam o papel de defensor público. No Rio de Janeiro, trabalhar como defensor público foi o estágio inicial da carreira de promotor. Em São Paulo, procuradores do estado foram designados para a assistência jurídica de acusados pobres.

³¹ FORTES, Pedro. *Collective Action in Comparative and Empirical Perspective: Towards a Socio-Legal Theory*, DPhil Thesis deposited at the Bodleian Library, 2017.

³² Registre-se e parabene-se o brilhante trabalho desenvolvido respectivamente por Patrícia Cardoso, Larissa Davidovich e Marcela Oliboni como coordenadoras do Nudecon, que consolidou o papel da Defensoria na tutela coletiva de direitos ao longo da última década.

³³ A informação foi obtida em 2014, durante o período de coleta de dados empíricos para minha tese de doutorado (FORTES, Pedro. *Collective Action in Comparative and Empirical Perspective: Towards a Socio-Legal Theory*, DPhil Thesis deposited at the Bodleian Library, 2017).

³⁴ FONTAINHA, Fernando et al. *The Over-Indebtedness in Action: An Ethnographic Research at NUDECON/Brazil*. *International Journal of Sociology and Anthropology*, p. 21-37, 2015.

tério Público,³⁵ foram feitas diversas parcerias institucionais entre promotores e defensores. Além de cooperações institucionais pontuais, como a participação conjunta em audiências públicas e a realização de eventos em parceria, Ministério Público e Defensoria ajuizaram dezenas de ações coletivas em litisconsórcio ativo, celebraram dezenas de TACs conjuntamente e promoveram coalizões coletivas na área da saúde e do transporte.³⁶

Outro autor institucional relevante é a Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Codecon-Alerj), um órgão com a missão de auxiliar os legisladores em assuntos de consumo. Contudo, o órgão decidiu ampliar seu espaço institucional, fornecendo assistência jurídica para indivíduos com uma linha direta e espaço de atendimento ao público no centro do Rio de Janeiro. Na falta de acordo com empresas, a Codecon produz uma petição em nome do consumidor, que então deve ajuizá-la no juizado especial cível e defender seus próprios direitos sem assistência jurídica. Essa infraestrutura é pouco vantajosa para os consumidores – mais bem representados pela Defensoria Pública nos casos individuais e pelo Ministério Público para a questão coletiva.³⁷ Assim, a Codecon mudou de estratégia. Uma equipe, liderada por um advogado, faz uma viagem diária aos subúrbios do Rio de Janeiro em um ônibus adaptado. O “ônibus da cidadania” para regularmente perto de ruas comerciais populares, e a equipe da Codecon atende dezenas de consumidores. Seus casos são registrados, a evidência é coletada e o advogado prepara um dossiê de cada consumidor para futura mediação com a empresa. A nova estratégia foi bem-sucedida e o “ônibus da cidadania” pode atender 100 pessoas em um dia.³⁸ A Codecon também se estabeleceu como autor de ações civis públicas, com foco na aplicação da lei estadual.³⁹ Os advogados identificam casos recorrentes das reclamações coletadas e, em reuniões semanais, discutem potenciais ações coletivas.

³⁵ O ponto culminante da competitividade institucional é o ajuizamento em 16.08.2007 da ADI nº 3.943-DF pela Associação Nacional do Ministério Público (Conamp) contra o reconhecimento legislativo da legitimidade ativa da Defensoria Pública pela Lei Federal nº 11.448/2007, que viria a ser julgada improcedente por unanimidade pelo plenário do STF em 7.5.2015.

³⁶ FORTES, Pedro. O impacto regulatório da tutela coletiva de direitos: a definição das regras e o desenvolvimento socioeconômico. In JUNQUEIRA, Kátia. (Org.). *Repensando a regulação no Brasil: novas visões e propostas*. Rio de Janeiro: Editora Synergia, 2019, no prelo.

³⁷ Os consumidores individuais iriam, principalmente, para o Nudicon para serem atendidos por um defensor público, porque a Defensoria Pública defenderia seus interesses não só na etapa pré-processual, mas também nos juizados especiais cíveis. O Ministério Público ainda é percebido como o protagonista da ação coletiva para a proteção do consumidor, mesmo que já não conserve o domínio de um monopólio.

³⁸ A informação foi obtida em 2014 durante o período de coleta de dados empíricos para minha tese de doutorado (FORTES, Pedro. *Collective Action in Comparative and Empirical Perspective: Towards a Socio-Legal Theory*, DPhil Thesis deposited at the Bodleian Library, 2017).

³⁹ A Lei da Ação Civil Pública concedeu legitimidade ativa para ação coletiva para a União, o estado e os municípios e seus órgãos, mas os tribunais inicialmente estavam relutantes em reconhecer a legitimidade para esse órgão porque carece de personalidade jurídica autônoma. Veja, por exemplo, os dois casos iniciais de negativa de legitimidade ativa pelas varas empresariais revertidas no julgamento de recursos: 2006.001.30582, 4ª Câmara Cível, Relator Sidney Hartung, 20.12.2006; 2006.001.39474, 6ª Câmara Cível, Relator Luis Felipe Salomão, 7.3.2007. O chefe da equipe jurídica da Codecon interpôs recursos diante de algumas decisões judiciais até que o STJ estabelecesse o precedente que reconhece a legitimidade autônoma também da Codecon como um órgão do estado. Veja REsp nº 1.075.392-RJ, Relator Herman Benjamin, 2ª Turma, STJ, 4.5.2011. Atualmente, legitimidade ativa é claramente autorizada como evidenciado por estas decisões: 0186728-64.2011.8.19.0001, 16ª Câmara Cível, Relator Carlos Jose Martins Gomes, 21.7.2015; 0026599-54.2012.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Relator Ronaldo Assed Machado, 27.3.2013; 0082503-61.2009.8.19.0001, 17ª Câmara Cível, Relator Elton Leite, 11.9.2013; 0019084-65.2012.8.19.0000, 8ª Câmara Cível, Relatora Monica Costa di Piero, 20.4.2012.

Além do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Codecon, as associações civis de consumidores são importantes atores coletivos,⁴⁰ especialmente em São Paulo. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) é a associação de consumidores mais tradicional no Brasil.⁴¹ Essa associação desenvolveu a confiança dos consumidores através de décadas como cão de guarda do mercado. Fundado em 1987, o Idec logo se tornou protagonista no combate ao congelamento de ativos financeiros pelo governo por meio do chamado Plano Collor.⁴² Empreendedores, os membros fundadores do Idec deram visibilidade às suas ações e mobilizaram milhares de consumidores como novos membros associados com a promessa de proteger seus interesses.⁴³ Dezenas de ações coletivas contra bancos foram ajuizadas pelo Idec a partir de 1993, melhorando seu capital social, reconhecimento profissional e número de associados. No entanto, com o encerramento dessas ações coletivas e o pagamento de indenizações, milhares de membros associados cancelaram sua assinatura e abandonaram o Idec, reduzindo-se a adesão para cerca de 10 mil indivíduos. Como não recebe fundos do governo ou empresas, sua capacidade de financiar atividades é limitada. Assim, o Idec toma decisões estratégicas para ajuizar ações coletivas com base na experiência passada com casos de alto custo e resultados limitados.⁴⁴

⁴⁰ A Lei da Ação Civil Pública concedeu legitimidade autônoma a atores privados, como partidos políticos, sindicatos e associações civis: art. 5º, V, da Lei nº 7.347/85.

⁴¹ GÓMEZ, Manuel. Smoke signals from the south: the unanticipated effects of an 'unsuccessful' litigation on Brazil's anti-tobacco war. In HENSLER, Deborah, HODGES, Christopher; TZANKOVA, lanika. (Eds.). *Class actions in context: how culture, economic, and politics shape collective litigation*. Edward Elgar, 2016, p. 65. Manuel Gómez se refere cautelosamente ao Idec como "talvez a maior e melhor associação de consumidores organizada no Brasil". No entanto, a Proteste é atualmente maior que o Idec em termos de quantidade de membros associados.

⁴² O Plano Collor foi um plano de estabilização contra a inflação que congelou as poupanças e outros ativos financeiros dos consumidores brasileiros. Foi implementado pelo presidente Fernando Collor de Mello, primeiro presidente democraticamente eleito sob a nova Constituição. Esse plano econômico altamente heterodoxo reduziu o valor líquido dos ativos de milhões de consumidores no país em 1990 não só por reter o dinheiro como poupança obrigatória por 18 meses, mas também por não reajustar adequadamente o valor de acordo com as taxas de juros no mercado. As instituições financeiras se beneficiaram muito desse plano econômico, porque o governo autorizou os bancos a manter essas poupanças sem o dever de atualizar as taxas de juros (MÉRETTE, Marcel. Post-mortem of a stabilization plan: the Collor plan in Brazil. *Journal of policy modelling*, v. 22, p. 417-452, 2000; CRABTREE, John. The Collor plan: shooting the tiger? *Bulletin of Latin American Research*, v. 10, p. 119-132, 1991; SCHNEIDER, Ben Ross. Brazil under Collor: anatomy of a crisis. *World Policy Journal*, v. 8, p. 321-347, 1991; SIMONSEN, Mario Henrique. Brazil – conditions for economic recovery. *Working paper series of economic essays from EPGE* n. 190, FGV, 1991, p. 12-4; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NAKANO, Yoshiaki. Hyperinflation and stabilisation in Brazil: the first Collor plan. In DAVIDSON, Paul; KREGEL, Jan. (Eds.). *Economic problems of the 1990's: Europe, the developing countries, and the United States*. Edward Elgar, 1991, p. 49-50 & 64-65.

⁴³ Particularmente importante foi a liderança de Marilena Lazzarini, que apoiou o estabelecimento do Procon entre 1983 e 1986 como diretora executiva. Em 1987, fundou o Idec. Em 1998, participou da criação do Fórum Nacional de Associações Civis para a Proteção ao Consumidor, iniciativa conjunta de 24 ONG em 13 estados brasileiros. Ela foi presidente da Consumers International entre 2004 e 2007. Disponível em: <www.ashoka.org/fellow/marilena-igreja-lazzarini>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁴⁴ Veja o histórico de atuação do IDEC em: <<https://idec.org.br/historico-e-conquistas>>. Acesso em: 25 set. 2018.

Outra associação civil de consumidores é a Proteste, que enfatiza suas conexões internacionais como importante vantagem competitiva.⁴⁵ A Proteste tem uma estratégia de *marketing* muito forte, distribuindo regularmente revistas e presentes de boas-vindas para novos membros. Por outro lado, raramente ajuíza suas próprias ações coletivas, normalmente comunicando transgressões coletivas ao Ministério Público. A sua estratégia é mais focada na comunicação e campanhas.⁴⁶ Os resultados de seus testes são amplamente divulgados na mídia. Sua rede de consumidores conta com cerca mais de 250.000 membros, revelando que estratégias de *marketing* e comunicação aumentam o tamanho de uma associação.

Portanto, o desenvolvimento da infraestrutura específica é essencial para estabelecer uma organização como ator coletivo. O Ministério Público desenvolveu o papel de *ombudsman*. A Defensoria Pública se posicionou como provedora de justiça em massa para consumidores vulneráveis. A Codecon encontrou um nicho institucional nos subúrbios, onde atende consumidores no “ônibus da cidadania”. Associações de consumidores desenvolveram infraestruturas para atrair e manter seus membros. Essa mobilização de recursos institucionais pode se tornar uma vantagem competitiva. Cada ator coletivo desenvolve sua estrutura organizacional para facilitar o acesso às reclamações dos consumidores, o mecanismo de agregação de demandas múltiplas e a produção da ação coletiva.⁴⁷ Os atores coletivos atuam de modo dinâmico, sendo participantes ativos no espaço regulatório em interação constante com outros atores institucionais.⁴⁸ Contudo, a descentralização, a fragmentação e a multiplicação de atores com infraestruturas diversas proporcionam novos desafios da justiça coletiva e da condução do veículo coletivo, que serão examinados na seção a seguir.

2. OS DESAFIOS DA JUSTIÇA COLETIVA

A análise das dinâmicas institucionais dos diversos atores coletivos é essencial para a compreensão da legitimidade democrática, da representatividade adequada e da participação cidadã na tutela coletiva de direitos. Analisando-se a experiência das últimas três décadas, desenvolvemos uma perspectiva sobre os temas contemporâneos e os desafios futuros da justiça coletiva. Inicialmente, o Ministério Público teve um monopólio *de facto* sobre a ação coletiva do consumidor e concentrou a maioria absoluta dos casos.⁴⁹ O protagonismo e o

⁴⁵ Disponível em: <<https://www.proteste.org.br/quem-somos>>. Acesso em: 25 set. 2018.

⁴⁶ Sua diretora Maria Inês Dolci é colunista da *Folha de S. Paulo*.

⁴⁷ Exemplos interessantes dizem respeito à OAB e ao Procon, dois entes com legitimidade ativa para a proteção dos direitos dos consumidores, mas que não eram atores coletivos na tutela do consumidor no Rio de Janeiro em 2014 e, por isso, não foram mencionados pelos entrevistados como atores institucionais importantes. Ora, desde 2014, tanto a OAB quanto o Procon tiveram ações judiciais com relevante impacto coletivo que devem ser mencionados – ainda que sua infraestrutura não tenha sido mapeada empiricamente.

⁴⁸ BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Harvard, 2003, p. 178-186.

⁴⁹ Em teoria, uma situação de monopólio completo é caracterizada quando uma única organização controla 100% do mercado. Na prática, no entanto, essas situações são raras, porque geralmente existe concorrência residual. Portanto, a maioria dos casos envolvendo altas taxas de concentração são casos de quase monopólio ou oligopólio. Em nosso contexto de competição institucional, Sadek e Cavalcanti referiram-se a um monopólio de fato dos promotores, porque o Ministério Público ajuizou 96% das ações coletivas ambientais no início da década de 1990 (SADEK, Maria Tereza; CAVALCANTI, Rosângela Batista. *The new public prosecution and the efficacy of accountability mechanisms*. Conference on Institutions, Accountability, and Democratic Governance in Latin America, 2000, p. 3-5).

sucesso institucional do Ministério Público levaram outros autores a investir no desenvolvimento de infraestruturas próprias para também conduzirem veículos coletivos. Com o ingresso de novos atores institucionais no cenário, acabou o monopólio *de facto* do Ministério Público na tutela coletiva de direitos. Sob a perspectiva da teoria democrática, é positivo que não haja um controle concentrado da agenda pública,⁵⁰ existindo outras organizações e associações dotadas de infraestrutura para ser veículo de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diversos.⁵¹

Em contraste com o monopólio, a competição institucional é caracterizada por disputa aberta entre diferentes atores, tentando maximizar sua presença e zona de influência dentro do espaço regulatório. Cada ator institucional diferente se posiciona de um modo diferenciado, produzindo uma infraestrutura que cria uma vantagem comparativa em relação aos demais. Uma pluralidade de instituições concorrentes desenvolve múltiplas infraestruturas que são manifestações concretas de diferentes ideias, opiniões e atitudes em seus objetivos.⁵² Particularmente no caso da proteção do consumidor, essas infraestruturas resultam de diálogos contínuos entre diferentes atores coletivos e suas redes de consumidores.⁵³ Conceitualmente, essa interação dialógica significa que os atores coletivos conduzem suas atividades organizacionais de acordo com as observações de seus competidores institucionais e suas redes de consumidores.⁵⁴ Os atores coletivos têm que ser mais responsivos às demandas sociais e não têm controle de definição da agenda, o que conduz ao desenvolvimento de um regime poliárquico de controle democrático misto pelos pesos e contrapesos proporcionados pela interação contínua de múltiplos atores representativos.⁵⁵

Por outro lado, os atores coletivos percebem que um estado constante de competição pode levar a práticas predatórias, enfraquecendo sua posição contra poderosas forças empresariais, o que estimula o desenvolvimento de parcerias institucionais. As dinâmicas institucionais também oferecem oportunidades para o comportamento cooperativo entre atores coletivos, porque muitas vezes compartilham o mesmo objetivo e podem estabelecer um plano colaborativo de ação conjunta. O desenvolvimento de uma coalizão entre ato-

⁵⁰ MAJONE, Giandomenico. Agenda Setting. In MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert. (Eds.). *Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford: OUP, 2006, p. 230.

⁵¹ Concentração institucional significa que uma organização assume uma posição dominante, tornando-se responsável por realizar a maioria das ações – ou todas elas. O grau de concentração pode resultar de um determinado design institucional, estabelecendo pré-requisitos rigorosos para a ação e até aprovação prévia. Este é o caso no Reino Unido, por exemplo, onde apenas uma associação de consumidores recebeu autorização governamental para ser um ator coletivo e apresentou uma única ação coletiva (MULHERON, Rachael. The case for an Opt-out Class Action for European Member States: A legal and empirical analysis. *Columbia Journal of European Law*, v. 15, 2009, p. 439).

⁵² SCOTT, Collin. Analysing regulatory space: fragmented resources and institutional design. *Public Law*, 2001, p. 332.

⁵³ BLACK, Julia. Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes. *Regulation and Governance*, v. 2, p. 138-145, 2008.

⁵⁴ ROUGHAN, Nicole. *Authorities: conflicts, cooperation, and transnational legal theory*. Oxford: OUP, 2015, p. 43-44.

⁵⁵ DAHL, Robert. *Polyarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale, 1971, p. 20-27.

res coletivos pode levar a um modo integrado de governança do espaço regulatório.⁵⁶ Essas coalizões interlocutórias podem constituir plataforma importante para mediação entre consumidores e empresas, alavancar o poder dos atores coletivos para a elaboração de regras e a implementação efetiva das normas do consumidor.⁵⁷ Na opinião dos operadores do direito envolvidos, essas coalizões aumentam a efetividade da atuação. A deferência é outra dinâmica importante, constituída por um senso de polido respeito entre os diferentes atores.⁵⁸

Finalmente, existe uma característica importante do desenho (*design*) institucional do Ministério Público, que é a presença obrigatória em qualquer ação coletiva como fiscal da lei (*custos legis*), supervisionando a aplicação correta da lei. Essa posição particular garante a proeminência do Ministério Público na cena da ação coletiva. O Ministério Público pode exercer o poder de moderar, avaliando o desempenho dos outros atores coletivos.⁵⁹ Por outro lado, não possui poder de monopólio e nem exerce o controle sobre os demais atores, de maneira que existe uma estrutura política formada por uma rede de relacionamentos complexos no espaço regulatório.⁶⁰ Tal estrutura política favorece a circulação de informação, seja pela disseminação das reclamações individuais,

⁵⁶ SGUEO, Gianluca. *Beyond networks: interlocutory coalitions, the European and global legal orders*. Springer, 2016, p. 89-91.

⁵⁷ Sobre mediação, elaboração de regras e implementação por coalizões interlocutórias, veja SGUEO, Gianluca. *Beyond networks: interlocutory coalitions, the European and global legal orders*. Springer, 2016, capítulo 4.

⁵⁸ Goffman se refere à deferência como “um meio simbólico pelo qual a apreciação é regularmente transmitida”, representando a celebração e a confirmação da relação especial entre dois atores diferentes. Em sua concepção, a deferência é normalmente manifestada por meio de rituais e atividades cerimoniais que reforçam as relações interpessoais e o *status* do destinatário da demonstração de polido respeito (GOFFMAN, Ervin. *The Nature of Deference and Demeanor*. *American Anthropologist*, v. 58, p. 477-478, 1956. Esse conceito está bem estabelecido na literatura jurídica, devido à ideia de que diferentes atores institucionais devem expressar respeito mútuo uns aos outros. Nesse sentido, espera-se que os diferentes órgãos do Estado demonstrem senso recíproco de respeito mútuo. No entanto, não há consenso sobre as regras para o seu exercício e o grau de deferência que os tribunais, as legislaturas e o Poder Executivo devem exercer em suas interações mútuas. Alguns comentaristas recomendam que haja deferência judicial à administração (SCALIA, Antonin. *Judicial deference to administrative interpretations of law*. *Duke Law Review*, v. 1989, p. 511-521, 1989; MERRIL, Thomas. *Judicial deference to executive precedent*. *Yale Law Journal*, v. 101, p. 970-972, 1992; MANNING, John. *Constitutional structure and judicial deference to agency interpretations of agency rules*. *Columbia Law Review*, v. 96, p. 613-616, 1996. Outros sugerem que o Poder Judiciário merece uma deferência da legislatura por conta do exercício do controle da constitucionalidade e de legalidade (GRABER, Mark. *The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary*. *Studies in American Political Development*, v. 7, p. 35-73, 1993. No caso dos atores coletivos, suas dinâmicas institucionais também são influenciadas por um senso de respeito mútuo, mas sem submissão.

⁵⁹ Na prática, por exemplo, o Ministério Público pode recomendar a rejeição de um acordo coletivo, uma posição tomada em um caso de Codecon contra Unimed porque as cláusulas pareciam muito vagas e difíceis de executar em ordens concretas. Nesse caso, a Defensoria Pública assumiu a liderança da ação coletiva e obteve outro acordo coletivo com a Unimed – dessa vez aprovado pelo Ministério Público e pela vara empresarial. Historicamente, a tradição jurídica brasileira adotou o poder da moderação (*pouvoir modérateur*) durante a monarquia constitucional do século XIX. Veja FERREIRA, Oscar. *Le pouvoir modérateur dans la Constitution Brésilienne de 1824 et la charte constitutionnelle Portugaise de 1826: les influences de Benjamin Constant ou de Lanjuinais*. *Revue Française de droit constitutionnel*, v. 1, p. 1-5, 2012.

⁶⁰ FORTES, Pedro. O impacto regulatório da tutela coletiva de direitos: a definição das regras e o desenvolvimento socioeconômico. In JUNQUEIRA, Kátia. (Org.). *Repensando a regulação no Brasil: novas visões e propostas*. Rio de Janeiro: Editora Synergia, 2019, no prelo.

seja pela necessidade de prestação de explicações pelas empresas e agências reguladoras.⁶¹ Como consequência, reduzem-se o déficit democrático e o risco de captura dos agentes políticos pelo poder econômico.⁶²

Por outro lado, surgem outros desafios para a condução do veículo coletivo. Um dos problemas de coordenação da tutela coletiva diz respeito aos *free riders*, ou caronas livres –pessoas beneficiadas pelo veículo coletivo sem qualquer contribuição para a busca dos objetivos coletivos comuns, enquanto alguns indivíduos se sacrificam pela coletividade.⁶³ No modelo brasileiro, contudo, o problema dos caronas livres não afeta os órgãos públicos legitimados para a ação coletiva – Ministério Público, Defensoria, Codecon-Alerj –, já que a atuação desses atores coletivos é financiada por impostos e os custos são distribuídos entre beneficiários. Contudo, no caso das associações de consumidores, seus membros financiam o custeio das ações coletivas, sendo que nem todos os consumidores representados por esses atores privados contribuem para o financiamento das ações coletivas. Diante desse problema de subfinanciamento, uma associação pode desenvolver a estratégia de apenas executar suas ações em favor dos membros que pagam a mensalidade da associação, o que reduziria o alcance efetivo da tutela coletiva de direitos.

Outro desafio consiste em representar adequadamente todos os consumidores, porque, às vezes, um grupo inteiro não compartilha os mesmos interesses coletivamente. Na experiência da *class action* estadunidense, por exemplo, não raro são identificados subgrupos dentro do universo de indivíduos representados. Essa circunstância da subdivisão interna do grupo pode levar ao problema de coordenação do carona sequestrado ou do *kidnapped rider*.⁶⁴ Um ator coletivo pode eventualmente promover uma demanda coletiva em nome de um grupo inteiro de pessoas, mas, a rigor, essa ação coletiva pode ter um resultado prático prejudicial para uma determinada parcela de membros daquele grupo supostamente protegido. Certos casos expõem interesses antagônicos. A proteção do interesse geral pode afetar uma minoria de indivíduos, que se percebe como não representada pela ação coletiva. Em tese, o consumidor não representado poderia se valer do direito de intervenção para expor sua perspectiva diferente ao juízo da ação coletiva, se for uma contrariedade com a tese jurídica, ou buscar a via individual, se discordar do cálculo do valor da

⁶¹ FORTES, Pedro. O impacto regulatório da tutela coletiva de direitos: a definição das regras e o desenvolvimento socioeconômico. In JUNQUEIRA, Kátia. (Org.). *Repensando a regulação no Brasil: novas visões e propostas*. Rio de Janeiro: Editora Synergia, 2019, no prelo.

⁶² FORTES, Pedro. O impacto regulatório da tutela coletiva de direitos: a definição das regras e o desenvolvimento socioeconômico. In JUNQUEIRA, Kátia. (Org.). *Repensando a regulação no Brasil: novas visões e propostas*. Rio de Janeiro: Editora Synergia, 2019, no prelo.

⁶³ OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard, 1965, p. 77-87. Esse pode ser um problema sério para as organizações sociais e para o avanço do bem comum. De acordo com Olson, isso pode ser particularmente problemático porque pequenos grupos de indivíduos com interesses especiais se organizam de forma mais eficiente do que vários indivíduos com interesses gerais. (OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard, 1965, p. 128).

⁶⁴ YEAZELL, Stephen. Collective litigation as collective action. *University of Illinois Law Review*, 1989, p. 43.

sua indenização.⁶⁵ Noutros casos, contudo, o dilema se apresenta por meio de uma pretensão articulada na defesa de interesses de uma minoria em possível conflito com os interesses da maioria da coletividade.⁶⁶

Finalmente, outro desafio diz respeito à participação do indivíduo na tutela coletiva de direitos. Na experiência brasileira, não existem incentivos para a participação individual, e, na prática, os indivíduos apenas exercem seu direito de petição pela via da reclamação original que dá início à instauração do inquérito civil. O acompanhamento da ação coletiva pelo cidadão ou consumidor lesado é importante para municiar os atores coletivos com elementos empíricos sobre o problema em termos concretos. Uma possibilidade seria o estabelecimento de incentivos econômicos para aqueles indivíduos que colaboraram com os atores coletivos na fiscalização das lesões a direitos transindividuais e merecem o prêmio como recompensa pelo valor social de seu desempenho para o grupo de representados.⁶⁷ Outra possibilidade seria a ampliação do rol

⁶⁵ Essas são as duas hipóteses mais comuns de condução do veículo coletivo na direção oposta aos interesses de membros do grupo. Primeiro, um consumidor pode discordar do ator coletivo em relação à interpretação de uma norma. Esse é o caso quando o ator coletivo promove uma ação judicial para obrigar uma empresa a adotar determinada prática ou regra que um consumidor considere prejudicial para seus próprios interesses individuais. Em tese, o indivíduo poderia se opor à estratégia adotada pelo ator coletivo e se opor à sua orientação por meio do direito de intervir na ação coletiva, nos termos do art. 94 do CDC. Uma segunda possibilidade é a discordância quanto à compensação. Esse é o caso em que o ator coletivo promove uma ação judicial com pedidos de condenação ao pagamento de danos compensatórios em nome dos consumidores prejudicados, mas o consumidor lesado não concorda com o valor estimado ou considera que faz jus a uma reparação maior a título de dano moral ou da perda de uma chance. Nesse caso, em tese, o consumidor pode tentar obter indenizações maiores, em varas cíveis ordinárias ou juizados especiais cíveis. O consumidor individual tem o direito de ignorar o processo coletivo e seguir pela via individual. Contudo, esse cenário pode ser caracterizado pela imagem do veículo coletivo vazio e dos passageiros potenciais viajando a pé, de bicicletas ou sós em seus automóveis.

⁶⁶ Stephen Yeazell exemplifica essa hipótese da seguinte maneira: "eventualmente os tribunais tratam como membros de uma mesma classe aqueles que são beneficiados e que são prejudicados por uma ordem judicial. O exemplo mais comum e perverso diz respeito às ações do sistema prisional. Um grupo de presos questiona as condições de um regime disciplinar especial de confinamento solitário. A demanda é apresentada não em nome apenas daqueles presos em confinamento solitário, mas em nome de todos os presos com base na teoria de que todos os prisioneiros são potenciais vítimas das práticas supostamente ilegais. Os tribunais rotineiramente certificam essas demandas como sendo coletivas. Contudo, devolver os prisioneiros em confinamento solitário para a população prisional geral pode causar graves prejuízos para a população carcerária. O tratamento de todos os prisioneiros como se fosse um grupo homogêneo impede que se avalie a possibilidade de o Estado tratar de maneira diferente aqueles prisioneiros em regime diferenciado, bem como o dever de proteger o restante da população carcerária daqueles presos em confinamento solitário. Se tratar ambos os grupos como se fossem apenas um, a tutela coletiva irá mascarar o conflito" (YEAZELL, Stephen. *Collective litigation as collective action*. *University of Illinois Law Review*, 1989, p. 61). Em seus comentários a uma versão preliminar desse texto, Eduardo Tostes lembrou que a Defensoria Pública tem uma vantagem competitiva pelo seu papel duplicado, o que permitiria que um indivíduo não representado "desembarcasse" do veículo coletivo e fosse representado pela mesma Defensoria em uma ação individual – de maneira que não se prejudicasse nem o grupo nem o indivíduo. A sugestão é interessante, mas – por conta da magnitude da tutela coletiva – o indivíduo ainda corre sério risco de ser "atropelado" pelo veículo coletivo, sendo essencial a análise da representatividade adequada dos subgrupos antes do ajuizamento da ação coletiva.

⁶⁷ Sobre o valor social da compensação para os demandantes designados pelo seu bom desempenho, veja EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. *Incentive awards to class actions plaintiffs: an empirical study*. *UCLA Law Review*, v. 53, 2006, p. 1305-1306; CAMERON, Camille; KALAJDZIC, Jasminka; KLEMENT, Alon. 'Economic enablers'. In HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. (Eds.). *Class actions in context: how culture, economics, and politics shape collective litigation*. Edward Elgar, 2016, p. 156.

de legitimados ativos para a propositura de ações coletivas com a inclusão do indivíduo como um potencial participante ativo da tutela coletiva de direitos.⁶⁸

Com relação ao problema mencionado anteriormente da bifurcação das vias processuais, o indivíduo evita a habilitação na ação coletiva por conta da necessidade de contratação de um advogado e do pagamento pelas custas processuais, preferindo buscar a via do juizado especial cível. Ora, nesse caso, o Poder Judiciário deveria passar a aplicar por analogia as regras do juizado especial cível, isentando o indivíduo de custas processuais e deixando de exigir a necessidade de advogado para a habilitação em ações coletivas como forma de facilitar o acesso à justiça coletiva e ampliar a efetividade da tutela coletiva de direitos. O reverso da questão também é verdadeiro: os indivíduos deveriam ser bem informados sobre o resultado das ações coletivas para serem estimulados a executar a sentença coletiva favorável com relação à sua indenização pessoal no âmbito do juizado especial cível. Enfim, existem possíveis pontos de contato entre a via coletiva e a via individual que precisam ser explorados. Também seria importante facilitar o exercício do direito de intervenção do indivíduo nas ações coletivas como forma de assegurar sua participação democrática,⁶⁹ mas desde que sua voz e participação tenham caráter representativo dos interesses de grupos ou subgrupos de representados e que não seja dado acesso indiscriminado a uma multidão de indivíduos com o potencial de paralisar a ação coletiva.⁷⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em certo sentido, organizações e associações são entes intermediários e podem se enquadrar na concepção de produtores do significado normativo, porque se organizam para o exercício da tutela coletiva de direitos. Todos os atores coletivos são condutores de veículos coletivos ou de *omnibus* pela defesa dos direitos de todos, embora apenas a Codecon esteja circulando com um “ônibus da cidadania” para fins específicos de tutela coletiva do consumidor.⁷¹ Atores coletivos concorrentes são organizados por meio de diferentes infraestruturas e oferecem oportunidade de participação política para diferentes grupos de consumidores. Operadores do direito com diferentes perfis profissionais, estratégias e mentalidades constituem organizações como o Ministério Público e a Defensoria.⁷² A Codecon coleciona reclamações de consumidores pobres nos subúrbios do Rio de Janeiro. Associações de consumidores processam de-

⁶⁸ Tal possibilidade é defendida entre nós por Ada Pellegrini Grinover e Antonio Gidi, tendo sido prevista inclusive no Código Modelo de Processo Coletivo para a América Ibérica, aprovado em 2004 pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Veja GIDI, Antonio; MACGREGOR, Eduardo Ferrer. *Comentários ao código modelo de processos coletivos*. Juspodivm, 2009.

⁶⁹ RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis E.; HENSLER, Deborah R. Individuals within the aggregate: relationships, representation, and fees. *NYU Law Review*, v. 71, 1996, p. 376-381.

⁷⁰ COFFEE, John. Class action accountability: reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation. *Columbia Law Review*, v. 100, 2000, p. 406-28.

⁷¹ Ministério Público e Defensoria também têm seus ônibus itinerantes, mas com perfil mais generalista e não estão diretamente relacionados à infraestrutura de coleta de informações e de evidências para a tutela coletiva do consumidor.

⁷² COSLOVSKY, Salo. Relational regulation in the Brazilian Ministério Público: the organisational basis of regulatory responsiveness. *Regulation & Governance*, v. 5, 2011, p. 75-80.

mandas de membros afiliados. Esses atores coletivos operam como *omnibus* ou veículos sociais para que consumidores expressem suas reclamações – que são processadas, traduzidas para a linguagem jurídica e, eventualmente, produzem uma norma para todos.

O papel das organizações é essencial para a aplicação prática do direito aos casos concretos.⁷³ Através de um processo de aplicação regular, as normas jurídicas se tornam institucionalizadas, pois fornecem as chamadas regras do jogo.⁷⁴ O direito não é apenas um conjunto de padrões normativos e regras, mas uma instituição continuamente moldada pelas interações com organizações.⁷⁵ A proteção real dos direitos surge dessa interação complexa entre múltiplos atores institucionais no ambiente jurídico.⁷⁶ Em vez do produto de uma decisão endógena feita dentro de uma organização, a regra é o resultado de interações normativas em um ambiente social multi-institucional.⁷⁷ Nesse cenário, surgem certos desafios para a justiça coletiva. O problema dos caronas livres, ou *free riders*, diz respeito àqueles indivíduos que se beneficiam da ação coletiva sem que tenham contribuído de maneira idêntica a outros interessados. O problema dos caronas sequestrados, ou *kidnapped riders*, diz respeito aos indivíduos conduzidos em direção contrária à defesa dos seus interesses. O problema da falta de atendimento individual diz respeito a restrições para a participação democrática do indivíduo na tutela coletiva de direitos. O desafio da obtenção de justiça para todos passa pelo modo de condução do veículo coletivo.⁷⁸ Assim como no caso de um *omnibus* real, existem problemas se indivíduos querem ser transportados sem pagar pela passagem, se são conduzidos para um destino diferente ou se são estritamente proibidos de se comunicar com o condutor durante o tráfego pela via expressa. Por outro lado, a comunicação deve ser somente das informações indispensáveis para não atrapalhar a condução do veículo coletivo. Enfim, a metáfora tem força explicativa e nos ajuda a refletir sobre os desafios da justiça coletiva.

Finalmente, tanto o Ministério Público quanto a Defensoria já exploram possibilidades para o desenvolvimento de novas infraestruturas digitais para identificação de reclamações repetitivas e solução digital de disputas. O uso de inteligência artificial para coletar informações sobre demandas repetitivas nos juizados especiais cíveis e o desenvolvimento de plataformas digitais de mediação pré-processual de disputas (*Online Dispute Resolution – ODR*) já estão sendo desenvolvidas com potencial para serem as novas infraestruturas dos

⁷³ GALLIGAN, Denis. *Law in modern society*. Oxford: OUP, 2007, p. 325-327.

⁷⁴ NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: CUP, 1990, p. 3.

⁷⁵ EDELMAN, Lauren; LEACHMAN, Gwendolyn; McADAM, Doug. On law, organisations, and social movements, *Annual Review of Law and Social Sciences*, 2010, p. 656.

⁷⁶ EDELMAN, Lauren; LEACHMAN, Gwendolyn; McADAM, Doug. On law, organisations, and social movements, *Annual Review of Law and Social Sciences*, 2010, p. 665.

⁷⁷ EDELMAN, Lauren; LEACHMAN, Gwendolyn; McADAM, Doug. On law, organisations, and social movements, *Annual Review of Law and Social Sciences*, 2010, p. 668-70.

⁷⁸ Uma das questões para reflexão é a conveniência de ser implantado o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor como mecanismo integrado de coordenação entre os vários atores institucionais.

veículos coletivos na era digital.⁷⁹ As novas tecnologias de informação estão transformando a profissão jurídica no Brasil, e isso tem se refletido em experiências pioneiras com a produção digital de petições repetitivas no âmbito da Defensoria e com o uso de *Big Data* para o Programa MP em Mapas, no âmbito do Ministério Público, por exemplo.⁸⁰ Essas recentes tendências no desenvolvimento da infraestrutura digital nos convida a acompanhar o presente de olhos no futuro para ver qual será o impacto da injeção eletrônica no desempenho dos veículos coletivos. Mas isso é assunto para um próximo texto e, por ora, para a imaginação do leitor e a criatividade institucional dos atores coletivos.

REFERÊNCIAS

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Harvard, 2003.

BLACK, Julia. Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes. *Regulation and Governance*, v. 2, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *The State Nobility: Elite Schools in the Field of Power*. Polity Press, 1996.

CAMERON, Camille; KALAJDZIC, Jasminka; KLEMENT, Alon. Economic enablers. In HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. (Eds.). *Class actions in context: how culture, economics, and politics shape collective litigation*. Edward Elgar, 2016.

CAMPOLIETI, Federico; LIMA, Ignacio J. Minorini. Latin America. In KARLSGODT, Paul. (Ed.). *World Class Actions: A guide to group and representative actions around the globe*. Oxford: OUP, 2012.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Observações sobre a legitimidade da Defensoria Pública no incidente de resolução de demandas repetitivas*. Coleção Repercussão do novo CPC: Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2015.

COFFEE JR, John C. Class action accountability: Reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation. *Columbia Law Review*, v. 100, 2000.

_____. *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

⁷⁹ Veja sobre a solução digital de disputas: CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. New York: Routledge, 2011; CORTÉS, Pablo. *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market: Upgrading From Alternative to Online Dispute Resolution*. Cambridge: CUP, 2017.

⁸⁰ BONELLI, Maria da Gloria; FORTES, Pedro. The Transformation of the Brazilian Legal Profession: Fragmentary Development, Democratisation, and Globalisation. In ABEL, Richard; SCHULTZ, Ulrike; SOMMERLAD, Hilary; HAMMERSLEV, Ole. (Edit.). *Lawyers in 21st Century Society*. Oxford: Hart Publishing, 2019, no prelo.

CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. New York: Routledge, 2011.

CORTÉS, Pablo. *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market: Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*. Cambridge: CUP, 2017.

COSLOVSKY, Salo. Relational regulation in the Brazilian Ministério Público: the organisational basis of regulatory responsiveness. *Regulation & Governance*, v. 5, 2011.

COSLOVSKY, Salo; NIGAM, Amit. *Building prosecutorial autonomy from within: the transformation of the Ministério Público in Brazil*, NYU Wagner Research Paper, 2015.

CRABTREE, John. The Collor plan: shooting the tiger? *Bulletin of Latin American Research*, v. 10, 1991.

CREUTZFELDT, Naomi. *What people expect from Ombudsmen in the UK: a report on the findings of the project on Trusting the middle-man: impact and legitimacy of ombudsmen in Europe*. Policy brief, CSLS 2015.

DAHL, Robert. *Polyarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale, 1971.

EDELMAN, Lauren; LEACHMAN, Gwendolyn; McADAM, Doug. On law, organisations, and social movements, *Annual Review of Law and Social Sciences*, 2010.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Incentive awards to class actions plaintiffs: an empirical study. *UCLA Law Review*, v. 53, 2006.

FERREIRA, Oscar. Le pouvoir modérateur dans la Constitution Brésilienne de 1824 et la charte constitutionnelle Portugaise de 1826: les influences de Benjamin Constant ou de Lanjuinais. *Revue Française de droit constitutionnel*, v. 1, 2012.

FONTAINHA, Fernando et al. The Over-Indebtedness in Action: An Ethnographic Research at NUDECON/Brazil'. *International Journal of Sociology and Anthropology*, 2015.

FORTES, Pedro. *Collective Action in Comparative and Empirical Perspective: Towards a Socio-Legal Theory*, DPhil Thesis deposited at the Bodleian Library, 2017.

_____. O impacto regulatório da tutela coletiva de direitos: a definição das regras e o desenvolvimento socioeconômico. In JUNQUEIRA, Kátia. (Org.). *Repensando a regulação no Brasil: novas visões e propostas*. Rio de Janeiro: Editora Synergia, 2019, no prelo.

GALLIGAN, Denis. *Law in modern society*. Oxford: OUP, 2007.

GENN, Hazel. *Paths to justice: what people do and think about going to law*. Oxford: Hart, 1999.

GIDI, Antonio; MACGREGOR, Eduardo Ferrer. *Comentários ao código modelo de processos coletivos*. Juspodivm, 2009.

GIERKE, Otto von. *Political theories of the middle age*. Cambridge: CUP, 1900.

GOFFMAN, Ervin. The Nature of Deference and Demeanor. *American Anthropologist*, v. 58, 1956.

GÓMEZ, Manuel. Latin America: a regional report. In HODGES, Chris; VOGEL-NAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena. (Eds.). *The costs and funding of civil litigation*. Oxford: Hart, 2010.

_____. Smoke signals from the south: the unanticipated effects of an 'unsuccessful' litigation on Brazil's anti-tobacco war. In HENSLER, Deborah, HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. (Eds.). *Class actions in context: how culture, economic, and politics shape collective litigation*. Edward Elgar, 2016.

GRABER, Mark. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary. *Studies in American Political Development*, v. 7, 1993.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: CUP, 1996.

HUME, David. *Essays: moral, political, and literary*. Liberty Fund, 1994.

MADEIRA, Lígia Mori. Institutionalisation, reform and independence of the public defender's office in Brazil. *Brazilian Political Science Review*, v. 8, 2014.

MAJONE, Giandomenico. Agenda Setting. In MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert. (Eds.). *Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford: OUP, 2006.

MANNING, John. Constitutional structure and judicial deference to agency interpretations of agency rules. *Columbia Law Review*, v. 96, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Aluísio Goncalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade do indivíduo nas ações coletivas. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Eds.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014.

MÉRETTE, Marcel. Post-mortem of a stabilization plan: the Collor plan in Brazil. *Journal of policy modelling*, v. 22, 2000.

MERRIL, Thomas. Judicial deference to executive precedent. *Yale Law Journal*, v. 101, 1992.

MERTON, Robert. Bureaucratic structure and personality. *Social Forces*, v. 18, 1940.

MORABITO, Vince. Ideological plaintiffs and class actions – the Australian perspective. *University of British Columbia Law Review*, v. 34, 2001.

MULHERON, Rachael. A channel apart: why the United Kingdom has departed from the European Commission's recommendation on class actions. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 17, 2015.

_____. The case for an Opt-out Class Action for European Member States: A legal and empirical analysis. *Columbia Journal of European Law*, v. 15, 2009.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: CUP, 1990.

OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard, 1965.

PEDERSEN, Jesper Strandgaard; DOBBIN, Frank. The social invention of collective actors: on the rise of the organisation. *American Behavioral Scientist*, v. 40, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; NAKANO, Yoshiaki. Hyperinflation and stabilisation in Brazil: the first Collor plan. In DAVIDSON, Paul; KREGEL, Jan. (Eds.). *Economic problems of the 1990's: Europe, the developing countries, and the United States*. Edward Elgar, 1991.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. University of California Press, 1967.

PRIGOGINE, Ilya; HERMAN, Robert. Kinetic theory of vehicular traffic. *Elsevier*, 1971.

RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis E.; HENSLER, Deborah R. Individuals within the aggregate: relationships, representation, and fees. *NYU Law Review*, v. 71, 1996.

ROUGHAN, Nicole. *Authorities: conflicts, cooperation, and transnational legal theory*. Oxford: OUP, 2015.

SADEK, Maria Tereza; CAVALCANTI, Rosangela Batista. *The new public prosecution and the efficacy of accountability mechanisms*. Conference on Institutions, Accountability, and Democratic Governance in Latin America, 2000.

- SAWARD, Michael. *The representative claim*. Oxford: OUP, 2010.
- SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Review*, 1989.
- SCHNEIDER, Ben Ross. Brazil under Collor: anatomy of a crisis. *World Policy Journal*, v. 8, 1991.
- SCOTT, Collin. *Analysing regulatory space: fragmented resources and institutional design*. Public Law, 2001.
- SGUEO, Gianluca. *Beyond networks: interlocutory coalitions, the European and global legal orders*. Springer, 2016.
- SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 25 jul. 2017.
- SIMONSEN, Mario Henrique. Brazil – conditions for economic recovery. *Working paper series of economic essays from EPGE* n. 190, FGV, 1991.
- VIBERT, Frank. *The rise of the unelected: democracy and the new separation of powers*. Cambridge: CUP, 2007.
- YEAZELL, Stephen. Collective litigation as collective action. *University of Illinois Law Review*, 1989.



*PENAL,
PROCESSO PENAL
E EXECUÇÃO
PENAL*

MONITORAMENTO ELETRÔNICO: INSTRUMENTO DESENCARCERADOR OU REFORÇO PUNITIVO?

Allison Matheus Scapin

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Já atuou como estagiário bolsista junto à Defensoria Pública do Estado do Paraná (2016) e ao Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e da Juventude (2015). Atualmente é membro do Núcleo de Estudos Penais (UEM) e do Núcleo de Estudos em Política Criminal (UEM).
allymatheus@hotmail.com

Resumo: A prisão não mais corresponde ao discurso teórico que, por décadas, lhe conferiu *status* de “pena por excelência” do direito penal. É bem verdade que, atualmente, a privação da liberdade mais se aproxima de um instrumento velado de tortura do que medida de ressocialização. Com esse pano de fundo, principalmente a partir da década de 1970, começaram a surgir enxurradas de críticas sobre a prisão que propunham desde a sua reforma até sua abolição. Concomitantemente a esse período, assim como ocorrera com as demais ciências, a penologia se viu impactada pelo desenvolvimento tecnológico do século passado, que materializou instrumentos de punição extramuros, a exemplo do monitoramento eletrônico. À época, essa nova espécie de punição foi bem recepcionada devido ao seu potencial de reduzir a população penitenciária – punindo-se fora da prisão – e, ainda, de minorar os custos carcerários. No entanto, em pouco tempo, o monitoramento eletrônico revelou-se um fracasso quanto aos fins inicialmente perseguidos, a saber: o número de presos aumentou e, com ele, os gastos penitenciários. Nesse sentido, o presente trabalho abordará as principais implicações da vigilância eletrônica para a ciência penal, a fim de revelar sua inconstitucionalidade genética por ferir direitos fundamentais básicos como a intimidade, a privacidade e até mesmo a dignidade da pessoa humana. Ainda, pretende-se demonstrar, ao final, que o monitoramento eletrônico apenas significa mais uma medida relegitimante do prosaico discurso de penalização, além de criar, nos moldes da legislação brasileira, situações de mero adicional ou reforço punitivo.

Palavras-chave: Monitoramento eletrônico. Prisão virtual. Inconstitucionalidade. Execução penal. Reforço punitivo.

Abstract: Imprisonment does not correspond to the theoretical discourse which, for decades, provided it a status of being the best type of penalty for Criminal law. As a matter of fact, currently, freedom deprivation of more related to a veiled instrument of torture than to a re-socialization measure. Within this background, mainly from the 1970s on, the prison system started to be heavily criticized. The criticisms suggested from its reformation through its complete abolition. Concomitantly, penology, such as what happened to other sciences, was impacted by the technological developments of the last century, which materialized punishment instruments beyond bars, for example the electronic monitoring. At that time, this new kind of

punishment was welcomed due to its potential to decrease the number of prisoners – by punishing out of the prison – and, also, because it could reduce penitentiary costs. However, after a short period of time, the electronic monitoring showed to be a failure in relation to initially pursued goals. The numbers of prisoners increased and, with that, so did the penitentiary costs. In this sense, this research will focus on the main implications of the electronic surveillance for the criminal science, in order to reveal its genetic unconstitutionality, for it is not in accordance to the fundamental rights, such as intimacy, privacy or even human's dignity. This study also intends to demonstrate that electronic monitoring just means another way to re-legitimate the prosaic penalty discourse, besides creating, under the Brazilian legislation model, situations of additional merit or punitive reinforcement.

Keywords: Electronic monitoring. Virtual prison. Unconstitutionality. Penal execution. Punitive reinforcement.

INTRODUÇÃO

Uma das infelizes consequências da expansão do direito penal nos últimos tempos é o aumento exponencial da população carcerária. Essa relação entre recrudescimento da lei penal e inflação penitenciária¹ é um fenômeno evidente em diversos países, a exemplo do que ocorrera nos Estados Unidos após o implemento da política de guerra às drogas e até mesmo no Brasil com a edição de leis draconianas que dificultaram a progressão de regime e a infundável criação de novos tipos penais.

Com esse pano de fundo, não tardou para que os operadores do direito bradassem por medidas alternativas à prisão na tentativa de humanizar a execução penal e poupar o condenado dos efeitos deletérios do cárcere. No Brasil, tais ideais ganharam materialidade expressiva com a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, e a previsão de diversas penas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Nessa mesma época, em países mais desenvolvidos tecnologicamente, como os Estados Unidos, sob o *slogan* de reduzir a população carcerária e diminuir os custos penitenciários, já se implantava o sistema de monitoramento eletrônico de delinquentes. Era o início da intervenção tecnológica no direito penal.

Talvez devido ao seu desenvolvimento tardio, o monitoramento eletrônico chegou ao Brasil somente no ano de 2010, por meio da Lei nº 12.258/2010, a qual previu a possibilidade de imposição do instituto nos casos de saída

¹ Conforme se depreende do último *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, divulgado em junho de 2014 pelo Ministério da Justiça, infere-se que o Brasil possui, em números absolutos, a quarta maior população carcerária do planeta, contando com 607.731 presos, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Desse total, constata-se que 41% ainda não têm condenação, sendo presos preventivamente. Outro dado que salta aos olhos é o déficit de vagas: com uma população carcerária de 607.731 presos, o sistema penitenciário do Brasil oferta apenas 376.669 vagas, totalizando um déficit de 231.062 vagas (BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: Infopen – junho de 2014. Brasília. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2016).

temporária para sentenciados em regime semiaberto e também para a decretação de prisão domiciliar. No ano seguinte, a Lei nº 12.403/2011 adentrou no ordenamento jurídico para insculpir o monitoramento eletrônico como medida cautelar diversa da prisão, alterando o art. 319 do Código de Processo Penal.

Logo de início, o monitoramento eletrônico foi bem recepcionado por um setor expressivo da doutrina, em virtude do sedutor ideal de “retirar os cidadãos do cárcere”. A intenção é realmente muito boa. No cenário caótico das penitenciárias nacionais, é muito difícil se contrapor a medidas desencarceradoras. No entanto, é preciso evidenciar o custo de tal instituto aos direitos fundamentais do sujeito monitorado. E mais: há que se analisar criticamente se a praxe corresponde ao espírito otimista da teoria.

Nesse sentido, o escopo precípua do presente trabalho é analisar em que medida o monitoramento eletrônico, nos moldes em que foi regulamentado pela legislação nacional, se aproxima de uma autêntica medida desencarceradora (alternativa à prisão) e até que ponto essa prática não implica apenas reforço punitivo e aumento da esfera de controle penal (*net-widening*). Para tanto, o presente trabalho partirá de uma breve incursão historiográfica relativa aos principais acontecimentos fáticos e jurídicos concernentes ao monitoramento eletrônico, como forma de melhor contextualizar e compreender o instituto. Em seguida, serão abordados aspectos gerais ligados ao tema, como os sistemas de monitoramento eletrônico e os tipos de tecnologia aplicados.

Posteriormente, será analisada a possível incompatibilidade dos métodos de vigilância telemática com os direitos fundamentais do sujeito passivo da monitoração insculpidos na Constituição Federal de 1988, principalmente a eventual lesão à intimidade, à privacidade e, em certa medida, até mesmo à dignidade da pessoa humana.

Conclui-se o trabalho com a apreciação do monitoramento eletrônico na legislação brasileira, refletindo-se criticamente sobre o instituto e a possível relegitimação do discurso punitivo por meio das novas formas de punição baseadas em instrumentos tecnológicos. Além disso, pretende-se demonstrar, ao final, que o regramento do monitoramento eletrônico no Brasil apenas implica prática de reforço punitivo, o que explica sua total ineficácia para reduzir a população carcerária.

Por derradeiro, é de bom alvitre ressaltar que as fontes do presente trabalho são essencialmente bibliográficas, materializadas na catalogação de livros nacionais e internacionais pertinentes ao tema, além da interpretação dos dados oficiais, relativos ao monitoramento eletrônico, disponibilizados pelos órgãos governamentais, como forma de analisar o modo pelo qual o instituto está sendo executado atualmente nas unidades federativas da República.

1. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

A pena privativa de liberdade passou por severo descrédito por volta da década de 1970, principalmente após o desenvolvimento da teoria do etiquetamento (*labeling approach*), que desnudou a forma seletiva de operacionalidade do sistema penal e o papel da prisão como agente fomentador do cometimento de novos delitos (estimulante da reincidência). A esses ideais se juntaram

as novas reivindicações por penas alternativas à prisão que, a despeito da boa intenção, acarretaram a ampliação do catálogo de punição estatal.²

Nos anos posteriores, a própria penologia passava por uma profunda reformulação. Pensava-se então em *penas intermediárias*, destinadas aos delitos para os quais a prisão do agente seria uma punição excessiva, mas que, por outro lado, a imposição de medidas mais brandas, como a prestação de serviços à comunidade, seria sinônimo de impunidade.³

Nesse contexto, o monitoramento eletrônico – que tinha sua tecnologia recém-desenvolvida – se encaixava perfeitamente como pena intermediária, pois, além do caráter desencarcerador (alternativa à prisão), conservava também tonalidades de prevenção especial, haja vista que o Estado saberia a todo o momento em que local o sujeito monitorado estaria. É dizer: tratava-se de um instrumento típico de uma política criminal de caráter conservador e punitivo, mas que, ao mesmo tempo, travestia-se de vieses progressistas sob a justificativa, quase inexpressiva, de desencarceramento.

É bem verdade que, no plano da ciência, instrumentos de monitoramento eletrônico já vinham sendo desenvolvidos desde a década de 1960. Neemias Prudente lembra que

O primeiro dispositivo de ME foi desenvolvido nos anos sessenta do século passado, pelos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel – membros do *Science Committee on Psychological Experimentation* – da Universidade de Haward, nos EUA. Estes são considerados os pais da prisão virtual e sua variante de vigilância, com mecanismos capazes de captar o conjunto de sinais físicos e neurológicos da presença humana em determinado lugar.⁴

No entanto, no que diz respeito à utilização do monitoramento eletrônico na persecução penal, pode-se afirmar que o juiz estadunidense Jack Love foi seu grande expoente e pioneiro quando, em 1983, em parceria com o engenheiro Michael Goss, determinou, após testar em si mesmo, o monitoramento eletrônico como medida acessória à prisão domiciliar de um interno da prisão de Albuquerque,⁵ estendendo o dispositivo a outros quatro condenados

² Nesse sentido, Ana María Morales assevera que “esta reivindicación de los años 70 fue cuestionada en la década siguiente, considerando que la introducción de las sanciones alternativas a la pena privativa de la libertad, no fueron concebidas en las distintas legislaciones como un producto del triunfo de los movimientos desencarceratorios, sino como consecuencia del interés de desarrollar un sistema penal más eficaz, de aumentar el control social, y de reducir el gasto público debido a la crisis fiscal” (PEILLARD, Ana María Morales. *Vigilancia en la modernidad tardía: el monitoreo telemático de infractores*. *Política Criminal*, Santiago, v. 8, n. 16, 2013, p. 411).

³ PEILLARD, Ana María Morales. *Vigilancia en la modernidad tardía: el monitoreo telemático de infractores*. *Política Criminal*, Santiago, v. 8, n. 16, 2013, p. 411.

⁴ PRUDENTE, Neemias Moretti. Prisão eletrônica: análise e reflexões. In: BAYER, Diego (Coord.). *Controvérsias criminais* – estudos de direito penal, processo penal e criminologia. Jaraguá do Sul: Mundo Acadêmico, 2016, p. 4.

⁵ Cf. FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. *O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessociação decorrente da prisão*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 67.

que voluntariamente aderiram ao experimento, que durou cerca de um mês.⁶ Diz-se, inclusive, que o magistrado teria se inspirado na história em quadrinhos do Homem-Aranha, que, em um dos episódios, teve seus passos monitorados pelo vilão Kingpin, após este ter instalado no super-herói um bracelete eletrônico.⁷

Há que se ressaltar que a década de 1980 detinha o contexto fático propício para o desenvolvimento do sistema de vigilância eletrônica. Como denuncia Gonzalo Escobar Marulanda,⁸ nessa época, a população carcerária estadunidense cresceu assombrosamente, saltando de 328.965 internos, em 1980, para 1.053.738, em 1994, principalmente em virtude do enrijecimento da repressão às drogas e pelo encarceramento daqueles que cometiam delitos de pequena lesividade, como a simples embriaguez ao volante.

Por óbvio que, ante o quadro de hiperinflação carcerária norte-americana, seria premente a necessidade de se empenhar uma quantia considerável de recursos estatais na construção de novos presídios e, ainda assim, tal solução demandaria um tempo considerável, o que não resolveria, de imediato, os problemas da segurança pública.⁹ Dessa forma, devido ao seu rápido processo de implementação e, em termos, seu baixo custo, o monitoramento eletrônico ganhava cada vez mais terreno, sendo que, em 1998, o programa já se encontrava implementado em 32 estados norte-americanos, com cerca de 2.277 sujeitos vigiados eletronicamente.¹⁰

Após sua consolidação nos Estados Unidos, o monitoramento eletrônico se espalhou para inúmeros países, a exemplo de Inglaterra, no ano de 1989, Suécia, em 1994, Holanda, em 1995, Escócia, em 1997, México, em 2003, e França, em 2005.¹¹

De outra monta, ao Brasil, o instituto chegou tardiamente, cerca de mais de duas décadas depois da regulamentação nos países europeus. Com efeito, a Lei nº 12.258/2010 inaugurou a era da vigilância eletrônica de conde-

⁶ Cf. RÍO, Miguel Ángel Iglesias; PARENTE, Juan Antonio Pérez. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 2062, p. 1088, 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-1.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

⁷ Cf. CÉRÉ, Jean-Paul. La Surveillance Électronique: une réelle innovation dans le procès pénal? *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano VIII, n. 8, jun. 2006, p. 107. Disponível em: <<http://jpcere.fr/Jean-PaulCere.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

⁸ Cf. MARULANDA, Gonzalo Escobar. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 205. Disponível em: <https://www.academia.edu/3005051/Los_monitores_electr%C3%B3nicos_puede_ser_el_control_electr%C3%B3nico_una_alternativa_a_la_c%C3%A1rcel_>. Acesso em: 14 ago. 2017.

⁹ Cf. CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais*. 2012. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 35.

¹⁰ Cf. PEILLARD, Ana María Morales. Vigilancia en la modernidad tardía: el monitoreo telemático de infractores. *Política Criminal*, Santiago, v. 8, n. 16, 2013, p. 414. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v8n16/art03.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

¹¹ Nesse sentido, Hamilton Belloto Henriques informa que há países, como a França, que se utilizam do monitoramento eletrônico como pena, inclusive prevendo a possibilidade de vigiar eletronicamente indivíduos que já terminaram de cumprir, por completo, sua pena. Obviamente, trata-se de manifestação de direito penal de autor e desrespeito à culpabilidade do agente, que é punido mais severamente do que o necessário. (HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Cárcere biológico: novas formas de punição na sociedade tecnológica*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 168).

nados no território nacional. É bem verdade que o escopo da referida legislação foi aumentar o controle penal, deixando de lado o espírito desencarcerador da gênese do instituto, uma vez que ao juiz só seria lícito aplicar o monitoramento nos casos de saída temporária para apenados em regime semiaberto e como medida acessória à prisão domiciliar (art. 146-B, LEP). Vale dizer: o monitoramento eletrônico, a princípio, sequer se aproximava de alternativa ao cárcere, haja vista que, para tais hipóteses de aplicação, o condenado já possuía o direito a se ausentar da prisão sem vigilância ostensiva, baseando-se tais benefícios na autorresponsabilização do condenado.

No ano seguinte, 2011, a Lei nº 12.403/2011 adentrou no ordenamento jurídico para insculpir o monitoramento eletrônico como medida cautelar diversa da prisão, alterando o art. 319 do Código de Processo Penal. Talvez aqui se possa falar em medida desencarceradora, haja vista que na ação penal seria lícito ao juiz determinar o monitoramento eletrônico em vez de submeter o acusado aos nocivos efeitos da prisão cautelar.

No entanto, como se verá adiante, nem mesmo a alteração legislativa de 2011 – que, em tese, poderia minorar o caótico quadro carcerário brasileiro, em que mais de 40% dos reclusos são presos provisórios – conseguiu diminuir a população penitenciária. Com efeito, assiste-se em nosso país a uma utilização do monitoramento eletrônico como alternativa à liberdade, e não à prisão, razão pela qual se sinaliza, neste trabalho, que o referido instituto, ao menos no Brasil, traveste-se apenas como mais uma medida de reforço punitivo, e não como alternativa ao cárcere.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O monitoramento eletrônico é uma ferramenta penal muito recente no Brasil. Em sentido amplo, seria a medida utilizada durante a persecução penal, tanto no âmbito da investigação preliminar quanto na fase processual propriamente dita, e na execução penal, mas sempre com apreciação judicial, em que se é utilizado um método específico (v.g. GSM, GPS, confirmação de voz etc.) para localizar determinadas pessoas – sujeitos passivos do monitoramento.

Consiste também na utilização de um dispositivo eletrônico pelo sujeito passivo (condenado ou acusado) que, a partir de então, terá sua liberdade ambulatoria cerceada em maior ou menor grau, segundo as áreas de inclusão ou exclusão determinadas pelo magistrado que impõe o monitoramento. O mais comum, atualmente, é que tais dispositivos eletrônicos sejam braceletes, tornozeleiras ou até mesmo *microchips* subcutâneos.

Afirma-se, ainda, que o monitoramento eletrônico é considerado um aparelho telemétrico que “cumple funciones del control. Por lo tanto, se puede llamar monitor electrónico a cualquier sistema electrónico que efectúe un control sobre algo y haga las respectivas advertencias”.¹²

Por sua vez, Hamilton Belloto Henriques ensina que

¹² Cf. MARULANDA, Gonzalo Escobar. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: J. Cid. LARRAURI, E. *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 201. Disponível em: <https://www.academia.edu/3005051/Los_monitores_electr%C3%B3nicos_puede_ser_el_control_electr%C3%B3nico_una_alternativa_a_la_c%C3%A1rcel_>. Acesso em: 14 ago. 2017.

Por “monitoramento eletrônico” (*electronic tagging*) entende-se toda técnica aplicada a uma pessoa que, como consequência da prática de um delito, é submetido a monitoramento mediante vigilância telemática de sua localização geográfica, bem como da presença de certas substâncias proibidas em seu organismo e ainda de alterações fisiológicas em seu corpo.¹³

Nos atuais sistemas de monitoramento, em geral, o sujeito monitorado carrega junto de si um dispositivo de identificação pessoal que emite um sinal até um receptor e, por linha telefônica ou via satélite, chega até a central de monitoração, relatando a localização exata do indivíduo, o que pode ser em tempo real ou com pequenos atrasos, a depender da tecnologia empregada.¹⁴

Já no que tange a sua natureza jurídica, diverge a doutrina se o monitoramento eletrônico seria apenas uma espécie de medida cautelar ou se teria o caráter de sanção penal propriamente dita. Na verdade, deve-se considerar que o mérito de tal análise depende diretamente do modo como o legislador configura a utilização do instituto.¹⁵

Entretanto, independentemente da celeuma doutrinária, o que se pode apontar de plano é que, para o monitoramento eletrônico ser utilizado como pena autônoma, seria necessário um esforço hermenêutico imensurável. Ora, em geral, exige-se o consentimento do monitorado para a aplicação da referida medida, o que é incompatível com as noções mais básicas de pena, que prescinde da aquiescência do apenado.

Não obstante países como Inglaterra estatuírem o monitoramento eletrônico como pena para delitos de pequena lesividade, de fato, não se trata de pena autônoma, mas sim de um substitutivo da pena privativa de liberdade ou um especial modo de cumprimento da referida pena. Aliás, em geral, a não concordância com a vigilância eletrônica, na maioria dos países, leva o condenado ao cumprimento da pena no cárcere, o que, inclusive, compromete sobremaneira a “voluntariedade” do instituto,¹⁶ todavia essa discussão será abordada em momento oportuno.

No Brasil, o monitoramento eletrônico possui natureza jurídica eminentemente acautelatória. É que, no processo penal, o instituto pode ser utilizado como medida cautelar substitutiva à prisão, o que é facilmente percebido pela

¹³ HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Cárcere biológico: novas formas de punição na sociedade tecnológica*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p.165.

¹⁴ Cf. PRUDENTE, Neemias Moretti. Prisão eletrônica: análise e reflexões. In: BAYER, Diego. (Coord.). *Controvérsias criminais – estudos de direito penal, processo penal e criminologia*. Jaraguá do Sul: Mundo Acadêmico, 2016, p. 7.

¹⁵ Cf. CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais*. 2012. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 123.

¹⁶ Cf. MARULANDA, Gonzalo Escobar. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 204. Disponível em: <https://www.academia.edu/3005051/Los_monitores_electr%C3%B3nicos_puede_ser_el_control_electr%C3%B3nico_una_alternativa_a_la_c%C3%A1rcel_>. Acesso em: 14 ago. 2017.

própria topologia do art. 319, IX, do Código de Processo Penal. Por outro lado, na execução penal a vigilância eletrônica é utilizada em casos de saída temporária e prisão domiciliar (art. 146-B, LEP), sendo apenas um adicional de controle penal para cercear a liberdade daqueles que, antes da mudança legislativa, já tinham direito aos referidos benefícios sem vigilância ostensiva.

Por fim, cabe ressaltar que o sistema jurídico-penal brasileiro não conhece o monitoramento eletrônico como pena, seja ela autônoma ou substitutiva à privação da liberdade. Tampouco há disposição legal prevendo a vigilância eletrônica como especial modo de cumprimento de pena.

Entretanto, devido ao quadro de superlotação carcerária, alguns documentos jurídicos de caráter infralegal foram editados recentemente criando a figura do regime semiaberto “harmonizado monitorado”, a exemplo da Instrução Normativa nº 9/2015 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná.¹⁷ Em síntese, seria aplicado o monitoramento eletrônico ao apenado que passasse a ter direito à progressão para o regime semiaberto, sem a correspondente vaga em colônia penal agrícola ou industrial.

Considerando que o Enunciado nº 56 da Súmula Vinculante do STF veda a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso por motivo de falta de vagas em regime adequado, coloca-se o reeducando em liberdade, mitigada pelo uso da tornozeleira eletrônica.

Na verdade, trata-se de arranjo jurídico no mínimo questionável do ponto de vista formal, haja vista que as normas sobre penas e regime de cumprimento são matérias de competência privativa da União (art. 22, I, da CF/88) e dependem de lei em sentido estrito.

3. DOS SISTEMAS E TIPOS DE TECNOLOGIA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO

No que tange aos sistemas de monitoramento eletrônico, pode-se identificar a utilização do instituto de duas grandes formas, a saber: *front door* e *back door*. A primeira visa, precipuamente, evitar que o sujeito monitorado entre em contato com o cárcere. Em vez de decretar a prisão preventiva ou cumprir a pena em estabelecimento penal, prefere-se aplicar o monitoramento eletrônico e manter o sujeito em liberdade mitigada, visto que seria melhor do que submetê-lo aos efeitos nocivos da prisão. Nesse sentido, o monitoramento

¹⁷ O regime semiaberto harmonizado e monitorado mitiga a natureza eminentemente cautelar do monitoramento eletrônico que predominava no Brasil, tendo em vista que a referida medida autoriza o cumprimento de pena privativa de liberdade por meio de vigilância telemática. É algo próximo de uma pena substitutiva, sem a correspondente previsão em lei federal. A título de exemplo, a já citada Instrução Normativa nº 09/2015 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná prevê, em seu item nº 2.2.1, II, b, a aplicação do monitoramento eletrônico “na harmonização do regime semiaberto, ou seja, na hipótese de inexistência de vaga nas unidades penitenciárias de regime semiaberto do Sistema Penitenciário do Estado, a critério do juiz, estando a concessão do benefício condicionada à avaliação de bom comportamento carcerário e ao exercício de trabalho externo/estudo”. Ressalte-se que o semiaberto harmonizado com o uso de tornozeleira eletrônica tem guarida jurisprudencial (STJ – 6ª Turma – RHC 43571/AL – ROHC 2013/0411474-8 - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJ 24.6.2014 e STJ – AgRg no HC: 208511 MG 2011/0126454-5, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Julgamento: 19.5.2015, T5 – Quinta Turma, Publicação: DJe de 28.5.2015).

poderia ser utilizado como pena substitutiva e até mesmo nos casos de suspensão condicional da pena.¹⁸

Já o sistema *back door*, como o próprio nome denuncia, visa antecipar a liberdade do apenado. Aplica-se aos casos em que, a princípio, não seria possível evitar a entrada do condenado no cárcere, mas que, uma vez iniciado o cumprimento de pena, procura-se a retirada do apenado da prisão o quanto antes e, para isso, pode-se utilizar o monitoramento eletrônico. Em geral, esse sistema é utilizado em penas de maior duração como forma de estabelecer graus progressivos de liberdade para o condenado.

Seja no sistema *back door* ou *front door*, a vigilância eletrônica se divide em dois arquetipos básicos, a saber: o modelo estático e o móvel.¹⁹

O primeiro, também chamado de primeira geração, pressupõe a utilização de um dispositivo eletrônico pelo sujeito monitorado e um aparelho receptor no local determinado para que aquele esteja presente (área de inclusão). Nesse caso, o receptor detecta se o indivíduo encontra-se ou não no referido lugar e transmite os dados para a central de monitoração. Em geral, é utilizado em casos de prisão domiciliar. E o modelo móvel ou de segunda geração pressupõe a vigilância contínua do monitorado, que porta um dispositivo eletrônico (em geral, uma tornozeleira ou um bracelete), o qual, utilizando a tecnologia GPS ou GSM, transmite a localização exata do indivíduo até uma central de monitoramento. Caso o sujeito monitorado se afaste da área de inclusão ou viole uma área de exclusão, um alerta é disparado e as agências responsáveis tomam as devidas providências.

O modelo de primeira geração se realiza de duas formas, quais sejam, o sistema ativo e passivo.²⁰ O sistema ativo utiliza-se da tecnologia de radiofrequência.²¹ Nesse caso, o monitorado porta um dispositivo eletrônico que remete sua localização por sinal de rádio até um receptor, que confirmará se aquele se encontra próximo deste e então enviará a confirmação de dados para a central de monitoração. E o modelo passivo pressupõe a existência de linha telefônica na casa do sujeito monitorado, a qual será utilizada para receber ligações programadas ou aleatórias da central de vigilância para confirmar se o indivíduo se encontra no local. Apesar de menos estigmatizante, argumenta-se que esse modelo viola a intrascendência da pena, visto que a família que reside no local

¹⁸ Cf. RÍO, Miguel Ángel Iglesias; PARENTE, Juan Antonio Pérez. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 2062, 2006, p. 1083. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-1.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

¹⁹ Cf. HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Cárcere biológico: novas formas de punição na sociedade tecnológica*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 170.

²⁰ RÍO, Miguel Ángel Iglesias; PARENTE, Juan Antonio Pérez. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 2062, 2006, p. 1088. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-1.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

²¹ Ana María Morales Peillard critica o modelo ativo, argumentando que "Uno de los aspectos problemáticos de este sistema, es el hecho de que el sujeto debe portar permanente el brazaletes, y no sólo en aquellos momentos en que debiera estar recluido. Esto puede ser sin duda estigmatizante, e importar un control que se extiende más allá de la medida impuesta" (PEILLARD, Ana María Morales. *Vigilancia en la modernidad tardía: el monitoreo telemático de infractores. Política Criminal*, Santiago, v. 8, n. 16, 2013, p. 417. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v8n16/art03.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2017).

também é afetada. Lesaria, inclusive, o princípio da igualdade,²² pois as pessoas que não tivessem recursos financeiros para manter uma linha telefônica teriam de ir para a prisão, não sendo “beneficiadas” pelo monitoramento.

De outro vértice, o modelo móvel ou de segunda geração utiliza eminentemente a via satélite²³ para fazer a monitoração. A diferença para a tecnologia de radiofrequência é que, nesse caso, a esfera de controle é muito mais ampla. Permite-se localizar o monitorado em qualquer lugar, e não apenas em sua residência. O dispositivo eletrônico que o indivíduo porta comunica-se diretamente com a central de vigilância, sem intermediação, e mesmo que o monitorado saia de seu domicílio, o monitoramento continuará ativo, informando-se milimetricamente o local em que o sujeito se encontra.

Por fim, fala-se, ainda, em outro modelo – também chamado de terceira geração.²⁴ Aqui a monitoração é muito mais invasiva e extrapola a mera localização geográfica. Esse modelo possibilita a detecção de níveis alcoólicos e de outras substâncias entorpecentes no corpo do monitorado, além de fornecer dados sobre a frequência cardíaca do indivíduo que serviriam de parâmetro para aferir até mesmo o nível de excitação sexual de condenados por crimes como estupro, por exemplo. Ressalte-se que experiências nesse sentido já foram conduzidas na Suécia.²⁵

De qualquer modo, percebe-se que a regulamentação jurídica do monitoramento eletrônico está diretamente ligada ao próprio desenvolvimento da tecnologia que lhe dá suporte. Conforme o mercado fornece novos dispositivos e ferramentas de monitoramento, os ordenamentos jurídicos amoldam suas legislações para absorverem tais inovações tecnológicas.

No entanto, a lesão aos direitos fundamentais do sujeito monitorado cresce também proporcionalmente a esse aprimoramento tecnológico, basta ver as novas técnicas invasivas dos sistemas de terceira geração expostas anteriormente. Assim, na sequência, o presente trabalho enfrentará a possível incompatibilidade constitucional do monitoramento eletrônico e afetação dos direitos fundamentais do sujeito passivo da vigilância telemática.

²² Cf. MARULANDA, Gonzalo Escobar. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 221. Disponível em: <https://www.academia.edu/3005051/Los_monitores_electr%C3%B3nicos_puede_ser_el_control_electr%C3%B3nico_una_alternativa_a_la_c%C3%A1rcel_>. Acesso em: 14 ago. 2017.

²³ Ainda, argumenta-se a existência de três modelos na utilização da tecnologia via satélite, a saber: o modelo passivo, no qual a localização é informada de maneira retrospectiva e com certo atraso; o modelo ativo, que envolve o controle em tempo real da localização do monitorado; e o sistema misto, que mescla as características de ambos os modelos anteriores, conforme a necessidade do caso concreto (HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Cárcere biológico: novas formas de punição na sociedade tecnológica*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 170).

²⁴ HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Cárcere biológico: novas formas de punição na sociedade tecnológica*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 171.

²⁵ Cf. FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. *O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessociação decorrente da prisão*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 82.

4. A (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL

Logo que o monitoramento surgiu como ferramenta do sistema penal, não faltaram entusiastas da nova tecnologia, que prometia ser o instrumento de desencarceramento que mudaria o caótico cenário dos sistemas penitenciários hiperinflacionados. O otimismo era grande e, por muito tempo, a discussão sobre a afetação aos direitos fundamentais do sujeito passivo do monitoramento permaneceu adormecida.

Esse fenômeno, de certa forma, é até compreensível, pois, ante os horrores proporcionados pelo cárcere, qualquer alternativa à prisão seria bem acolhida. Aliás, isso aconteceu com a própria pena privativa de liberdade, que, no passado, era aclamada pela doutrina liberal como alternativa às bárbaras penas praticadas até então, como os açoites e execuções públicas.²⁶ Poucas décadas depois, a prisão se mostrou falida.

No entanto, a análise de qualquer medida penal não pode se restringir a uma ponderação reducionista desse porte. Comparando-se friamente a prisão com a pena de morte, a princípio seria consenso que aquela seria melhor do que esta. Nem por isso essa simples comparação autoriza que a prisão seja transformada em um centro de terror. Tampouco quer dizer que a prisão seja a melhor espécie de sanção penal.

Com o monitoramento eletrônico o raciocínio é o mesmo. Por meio dele, evita-se o aprisionamento do indivíduo, todavia indaga-se: apenas por esse único fator, significa que a vigilância telemática é a melhor resposta penal? Justifica-se transformar a casa – asilo inviolável do cidadão – em uma prisão? Apenas para impedir o encarceramento, justifica-se a lesão a outros direitos, como a intimidade e a privacidade? Na verdade, trata-se de medida extremamente utilitária que foi implementada, principalmente, com o intuito de baixar os custos penitenciários, mesmo que fortemente lesiva a diversos direitos fundamentais.

É inegável que o monitoramento eletrônico afeta direitos do sujeito monitorado, como a intimidade, a privacidade e, muitas vezes, a própria igualdade²⁷ e a dignidade da pessoa humana. Até mesmo os favoráveis ao instituto assim o reconhecem. O esforço hermenêutico que os defensores do monitoramento costumam fazer é sintetizado na máxima de que, em comparação com o cárcere, os direitos eventualmente lesados pela vigilância telemática seriam toleráveis. Nesse sentido, veja-se:

²⁶ É bem verdade que a prisão surgiu como pena por excelência da era moderna não em razão de um verdadeiro ideal humanitário, mas, sim, pelos anseios do incipiente capitalismo, que precisava de braços fortes e corpos domesticados para tocar as máquinas do novo sistema de produção. Não por acaso, no início, a prisão conviveu intimamente com os trabalhos forçados. Nesse sentido, vide MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário* (séculos XVI – XIX). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 38.

²⁷ Cf. MARULANDA, Gonzalo Escobar. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 221. Disponível em: <https://www.academia.edu/3005051/Los_monitores_electr%C3%B3nicos_puede_ser_el_control_electr%C3%B3nico_una_alternativa_a_la_c%C3%A1rcel_>. Acesso em: 14 ago. 2017.

Ora, se é possível a restrição dos direitos fundamentais à liberdade e ao patrimônio como efeito de pena criminal demonstra-se perfeitamente viável à restrição ao direito de privacidade o qual não perderá seu *status* de norma constitucional por esse motivo, havendo sim, uma restrição à sua plenitude decorrente de uma sanção penal naquele caso concreto.²⁸

No plano internacional, esse tipo de interpretação também encontra adeptos.²⁹ Em geral, utiliza-se a teoria de Robert Alexy sobre a colisão de princípios para justificar o convívio do monitoramento eletrônico com a lesão aos direitos fundamentais citados anteriormente. Ocorre que, com a devida vênia, entende-se que tal teoria está sendo, de certa forma, distorcida para se amoldar ao instituto em análise.

Para Alexy,³⁰ os princípios fundamentais são mandados de otimização. Isso quer dizer que há certo grau de flexibilização entre eles, ou, como afirma o próprio autor, podem ser satisfeitos em graus variados. Na colisão entre dois princípios fundamentais, não se utiliza o mesmo método de resolução do conflito de regras. É que, neste último caso, a antinomia surge no plano da validade: uma regra jurídica é válida ou não. Para resolver tal conflito, aplica-se, se possível, uma cláusula de exceção em uma das regras, ou, não sendo possível, revoga-se qualquer delas pelos tradicionais métodos da especialidade, hierarquia e cronologia. Já em seara de colisão de princípios fundamentais vigora outra sistemática. Aqui, devem-se sopesar as normas colidentes e se chegará a uma solução pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada na qual, de acordo com o caso concreto, será apurado sob quais condições um princípio precederá o outro. Não há, portanto, a criação de cláusulas de exceção, tampouco declaração de invalidade de um dos princípios conflitantes, mas tão somente um abrandamento de sua incidência no caso em apreço, devido a essa relação de precedência condicionada.³¹

No entanto, particularmente no que diz respeito ao monitoramento eletrônico, essa relação de sopesamento e o estabelecimento de precedência condicionada não ocorre entre cárcere e vigilância telemática. O monitoramento eletrônico, ao menos no Brasil, jamais pode ser comparado com o cárcere justamente pelo fato de que ele não se traveste de alternativa à prisão, mas sim como alternativa a outras medidas não prisioneiras e menos agressivas aos direitos fundamentais.

²⁸ FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. *O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessociação decorrente da prisão*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 121.

²⁹ Cf. GONZÁLEZ, Pilar Otero. Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid, n. 74, maio/ago. 2008, p. 189. Disponível em: < <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/353/279>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

³⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

Na legislação atual, há três casos de aplicação do monitoramento eletrônico, a saber: a) medida acessória na decretação de prisão domiciliar; b) medida acessória na autorização de saída temporária para apenados em regime semiaberto; e c) medida cautelar diversa da prisão. Nas duas primeiras hipóteses, é mais do que evidente que o monitoramento não é alternativa à prisão, mas um *plus* de fiscalização de medidas que, naturalmente, seriam cumpridas fora do estabelecimento penal. Na terceira hipótese, em que pese ser alternativa à prisão preventiva, há diversas outras medidas cautelares que podem cumprir essa função, a exemplo do recolhimento domiciliar no período noturno, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e proibição de ausentar-se da comarca, todas constantes do art. 319 do CPP.

Ante esse cenário, verifica-se que, na verdade, a relação de sopesamento e o estabelecimento da relação de precedência condicionada devem recair sobre o monitoramento eletrônico e as outras medidas alternativas à prisão, e não entre aquele e o cárcere. Nesse caso, é mais do que evidente que o monitoramento eletrônico cederia, visto que é muito mais agressivo aos direitos fundamentais do que as outras medidas alternativas à prisão. Mesmo em países que adotam o monitoramento eletrônico como espécie de pena substitutiva, é possível vislumbrar que o instituto é aplicado apenas para delitos de parca lesividade, para os quais já se previam medidas menos invasivas, como a prestação de serviços à comunidade, a limitação de final de semana e a interdição temporária de direitos.

Por outro lado, é impossível negar a violação do monitoramento eletrônico à dignidade do sujeito monitorado. E isso extrapola o próprio estigma causado pelo uso das tornozeleiras, que, ao serem avistadas pelos olhos da sociedade, segregam imediatamente o indivíduo do seio social, causando uma espécie de refilmagem das Estrelas de David do regime nazista da década de 1940.³² Na verdade, o sujeito monitorado passa a ser um mero instrumento de fiscalização, é coisificado e perde sua autonomia.³³ Vale dizer:

Que alguien conozca las actividades y sensaciones de una persona para ejercer un control sobre ellas afecta su autonomía ética y sus condiciones básicas de vida. La autonomía ética ya que la persona pasa a ser considerada un objeto, un objeto de control. Las condiciones básicas de vida de la persona ya que bajo control electrónico permanente su calidad de vida se ve seria y notoriamente afectada.³⁴

³² Cf. HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Cárcere biológico: novas formas de punição na sociedade tecnológica*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 175.

³³ Kant já bradava há mais de dois séculos contra a instrumentalização do homem. A crítica é extremamente atual, haja vista que, ao se tornar um meio para a persecução de outros fins, o sujeito perde sua autonomia e, com ela, a sua própria dignidade. Cf. KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 137-138.

³⁴ MARULANDA, Gonzalo Escobar. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 220. Disponível em: <https://www.academia.edu/3005051/Los_monitores_electr%C3%B3nicos_puede_ser_el_control_electr%C3%B3nico_una_alternativa_a_la_c%C3%A1rcel_>. Acesso em: 14 ago. 2017.

Por outro lado, tais técnicas de vigilância telemática também afrontam a intimidade e a privacidade do indivíduo. Ora, a “liberdade” por elas conferida é aparente, já que o Estado saberá a todo momento os exatos passos do sujeito monitorado. A situação agrava-se ainda mais com os sistemas de terceira geração, que conseguem verificar o nível de álcool no sangue e até mesmo o grau de excitação sexual, o que configura inadmissível lesão à privacidade individual.

Dada a extrema pertinência com o tema em comento, transcrevem-se aqui as lições de Gilmar Ferreira Mendes, para quem:

[...] sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.³⁵

Nessa esteira, diante da vigilância contínua e ininterrupta de cada passo dado – marcado a todo segundo pelo instrumento de monitoração preso ao tornozelo –, como seria possível ao indivíduo superar o delito cometido no passado e projetar um futuro diferente para sua vida se a todo o momento as marcas do passado lhe vêm à memória com o soar do primeiro alerta de violação por falta de bateria ou por falta de sinal telefônico?

Também não assiste razão aos que argumentam que a lesão à intimidade seria afastada pelo consentimento do indivíduo ao concordar com o monitoramento. Ora, em que pese serem a intimidade e a privacidade, de certo modo, bens jurídicos disponíveis, é requisito essencial para a validade desse consentimento que este seja espontâneo, esclarecido e livre de coação. Ocorre que o consentimento do sujeito, nos casos de monitoramento eletrônico, é totalmente viciado, tendo em vista a ameaça velada de prisão, caso não seja prestada a aquiescência. Há casos em que a coação é ainda mais evidente, tal como acontece na saída temporária condicionada ao uso de tornozeleira eletrônica. Se o apenado não consente com a utilização do referido dispositivo, não usufrui do benefício.

Assim, conclui-se que o monitoramento eletrônico não é compatível com o Estado democrático de direito brasileiro, em virtude de violar uma série de direitos fundamentais insculpidos no art. 5º da CF/88 e até mesmo por afrontar um fundamento da República (art. 1º, III, da CF/88). Não se defende o caráter absoluto de tais direitos, de forma a serem intangíveis. No entanto, qualquer flexibilização nessa seara deve demonstrar a estrita necessidade e a

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 280-281.

impossibilidade de realização do fim pretendido por outra via menos lesiva aos referidos direitos.³⁶

No caso da vigilância eletrônica, vislumbra-se sua inconstitucionalidade justamente por este duplo óbice: além de afetar a privacidade, a intimidade e a dignidade do sujeito monitorado, ainda é possível constatar que os fins buscados pelo instituto podem se materializar com a utilização de outras medidas alternativas à prisão, menos invasivas e a custos menores aos direitos supracitados.

5. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO REFORÇO PUNITIVO

Demonstrada a inconstitucionalidade do monitoramento eletrônico, ainda é necessário ressaltar que tal prática não se traveste de alternativa à prisão, mas apenas implica o que daqui para frente se chamará de “reforço punitivo”. A expressão grafada por aspas se refere a certas medidas jurídicas que, diante de situações naturalmente já sancionadas pelo direito, agregam um *plus* desnecessário ao processo punitivo *lato sensu*.

Nessa seara, há um flerte muito íntimo com o *bis in idem*, vedado pelo direito penal acolhido pelo sistema constitucional brasileiro. É que, não sendo bastante a punição principal (v.g. a imposição da prisão), agregam-se outros elementos punitivos, que apenas são “tolerados”, pois previstos pela legislação.

Alguns são os exemplos genéricos de situações de reforço punitivo, a saber: a) a eleição de crimes hediondos; b) as restrições às garantias fundamentais em razão da natureza do crime – a exemplo do enrijecimento da política norte-americana de combate ao terrorismo após a promulgação do Ato Patriota, que mitigou diversos direitos humanos de acusados de terrorismo; e c) o aumento de pena com base puramente na reincidência e nos antecedentes.

O que esses exemplos têm em comum? É que, em todos eles, a punição, caso fosse comprovado o cometimento do delito por parte do acusado, ocorreria naturalmente. O agente de crime hediondo, o terrorista e o reincidente seriam condenados se, ao final do processo, fossem comprovadas cabalmente a materialidade e a autoria delitiva.

No entanto, como manifestação do direito penal do inimigo e também do *bis in idem*, retoca-se o processo punitivo com uma medida de reforço. Veja o caso dos condenados por crimes hediondos: aquele que comete homicídio qualificado (hediondo) será condenado a uma quantia considerável de pena, já suficiente à retribuição penal, todavia a legislação torna o cumprimento da pena de tais sujeitos muito mais espinhoso, dificultando a progressão de regime e o livramento condicional.

Já os reincidentes têm contra si um inconstitucional aumento de pena devido a um fato do passado que nada tem a ver com o delito pelo qual estão sendo punidos. Quanto às legislações antiterrorismo, dispensam-se maiores comentários, haja vista a restrição de inúmeras garantias fundamentais do acusado com base, puramente, na natureza do delito, sendo a prisão de Guantánamo o maior ícone dessa técnica de reforço punitivo.

³⁶ Cf. MARULANDA, Gonzalo Escobar. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 223. Disponível em: <https://www.academia.edu/3005051/Los_monitores_electr%C3%B3nicos_puede_ser_el_control_electr%C3%B3nico_una_alternativa_a_la_c%C3%A1rcel_>. Acesso em: 14 ago. 2017.

Mutatis mutandis, a situação é semelhante no que concerne ao monitoramento eletrônico. Tome-se, por exemplo, a utilização do instituto na execução penal. Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.258/2010, o benefício da saída temporária era insculpido na Lei de Execução Penal com a seguinte redação:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior na Comarca do Juízo da Execução; III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.³⁷

Os requisitos para a concessão do referido benefício continuam os mesmos: cumprimento de pena por um sexto para apenado primário e um quarto para reincidentes, comportamento adequado e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Entretanto, após a alteração legislativa de 2010, que inaugurou a era do monitoramento no Brasil, adicionou-se um parágrafo único ao já citado art. 122 da Lei de Execução Penal prevendo que, a despeito da não exigência de vigilância direta, não é impedida a utilização de monitoramento eletrônico quando houver determinação judicial nesse sentido.

Talvez seja um dos casos de mais fácil percepção da técnica de reforço punitivo. Quando da gênese da Lei nº 7.210/84, a saída temporária era um intervalo de liberdade sem vigilância direta no cumprimento da pena privativa de liberdade, concedida aos condenados que estivessem em regime semiaberto. Isso perdurou por muitos anos.

No entanto, em 2010, a situação se modificou. O cidadão que até então poderia gozar do benefício experimentando a liberdade desviada por um período de sete dias, agora poderá ser submetido a intensa monitoração para só então poder usufruir da saída temporária. Em que pese não ser obrigatório, sabe-se que a disponibilização de um instrumento dessa magnitude, certamente, em pouco tempo, se tornará praxe jurídica nas varas de execução penal, a exemplo da recente decisão que suspendeu o direito de saída temporária para o dia dos pais para alguns apenados devido à falta de tornozeleiras eletrônicas.³⁸

³⁷ BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Coleção de Leis do Brasil. Brasília, v. 5, 1991, p. 68. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

³⁸ Em que pese o monitoramento eletrônico não estar inserido nos incisos do art. 123 da Lei de Execução Penal, que tratam dos requisitos para a concessão da saída temporária, percebe-se que a tendência é a transformação dessa “faculdade judicial” de impor o monitoramento em verdadeira condição para a fruição do benefício. Ilustrando essa prática de reforço punitivo, encontra-se a decisão proferida na Comarca de Feira de Santana, Bahia, que suspendeu a saída temporária para o dia dos pais no conjunto penal que leva o mesmo nome da cidade. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/sem-tornozeleiras-eletronicas-justica-suspende-saida-de-presos-no-dia-dos-pais-em-feira-de-santana.ghtml>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

O processo de cumprimento de pena privativa de liberdade já é, muitas vezes, uma punição quase que imensurável. É pura produção de dor. Alguns lampejos de esperança ocorrem, todavia, com saídas temporárias, oportunidades em que os reeducandos podem reaquecer os laços familiares. No entanto, altera-se a legislação simplesmente para se adicionar um *plus* no processo de punição, passando-se a exigir do apenado a utilização de tornozeleiras eletrônicas como condicionante à fruição do benefício.

Veja-se que até mesmo a voluntariedade do monitoramento eletrônico, que é regra, fica totalmente comprometida nesses casos, pois é impossível deixar de vislumbrar a existência de uma coação velada ao uso do dispositivo, pela forma como o instituto é regulamentado. A margem de escolha fica muito diminuta ou até mesmo inexistente, pois, caso o apenado não preste sua aquiescência, terá de amargar mais e mais dias no interior do estabelecimento penal. Pior ainda é quando o próprio Estado que cria a exigência de vigilância telemática – leia-se, o reforço punitivo –, não fornece os dispositivos eletrônicos para tanto e, diante de sua ineficiência, impede que o reeducando goze do benefício (saída temporária).

É justamente por esse caráter de mero adicional punitivo que, desde sua entrada no ordenamento jurídico brasileiro, em 2010, o monitoramento eletrônico não conseguiu reduzir em nada a população carcerária. Seu ideal genético de alternativa à prisão, na verdade, não passa de um mito, ou seja, algo da imaginação que nunca se concretizará no mundo ontológico. Pensar que o monitoramento eletrônico sirva para humanizar o cumprimento da pena e reduzir o número de presos sem vislumbrar nenhuma prática de *net-widening* é algo próximo de um ato de fé.

Aliás, essa constatação é endossada pelo Relatório *Implementação da Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas no Brasil*, do Ministério da Justiça em conjunto com o Departamento Penitenciário Nacional. Segundo os dados oficiais mais recentes, de 2015, na época 19 unidades da Federação já haviam implementado o monitoramento eletrônico, sendo que em 17 delas o serviço já se encontrava em pleno funcionamento e em outras duas ainda estava em fase de testes. Ademais, sete unidades também já haviam apresentado projetos visando à regulamentação do instituto, com exceção do Estado do Amapá.³⁹ Na mesma época, constatou-se que a capacidade nacional de monitoramento eletrônico era de 40.431 pessoas, sendo que havia 18.172 pessoas monitoradas simultaneamente.⁴⁰

No entanto, sem dúvidas, talvez os números mais importantes no que diz respeito ao caráter de reforço punitivo do monitoramento eletrônico refiram-se à destinação do equipamento quanto ao regime e à natureza da prisão. Em 2015, 25,91% dos dispositivos eletrônicos eram utilizados no regime aberto em prisão domiciliar, 21,87% no regime semiaberto em prisão domiciliar,

³⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil*. Brasília, 2015, p. 33. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil*. Brasília, 2015, p. 35. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

19,89% no regime semiaberto em trabalho externo, 16,57% nas saídas temporárias, 8,42% como medida cautelar diversa da prisão, 4,21% como medida protetiva de urgência nos casos de violência doméstica e de gênero, 1,77% no regime fechado em prisão domiciliar, 0,17% no livramento condicional e 1,18% para outros casos.⁴¹

Como reflexo do regramento legal, percebe-se que a esmagadora maioria da utilização do monitoramento eletrônico se dá na execução penal (86,18%). E mais: tais dados refletem por que o instituto nada pode fazer para diminuir a população carcerária e por que não se trata de alternativa à prisão. Ora, somente os casos de prisão domiciliar, saídas temporárias e livramento condicional⁴² – medidas que naturalmente já se cumpririam em ambientes extramuros – somam 66,29% da destinação do instituto. Os 33,71% restantes dividem-se entre regime semiaberto com trabalho externo, medidas cautelares diversas da prisão, medidas protetivas de urgência e outros casos não especificados no levantamento nacional.

Muito nítido, portanto, que, além de não ser alternativa à prisão, o monitoramento eletrônico, na verdade, reveste-se apenas como uma ferramenta para atender aos anseios da expansão do controle penal e do processo punitivo como um todo. A maior parte da utilização do instituto recai justamente para os casos em que a pena já seria cumprida em meio aberto, sendo o monitoramento eletrônico apenas o adicional punitivo que faltava para transformar as casas em verdadeiras prisões contemporâneas.

Tal panorama leva o relatório do Ministério da Justiça a concluir que:

Em última análise, esse cenário aponta uma vocação da monitoração eletrônica para o controle disciplinar, aspecto contemplado nas hipóteses previstas expressamente na legislação e difundido em termos práticos. Adicionalmente, as hipóteses vetadas na Lei nº 12.258/10 – já problematizadas em páginas anteriores – indicam que a monitoração colabora de modo muito sutil e pouco efetivo no desencarceramento.⁴³

⁴¹ BRASIL. Ministério da Justiça. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil*. Brasília, 2015, p. 36. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

⁴² Nesse sentido, a utilização do monitoramento eletrônico no livramento condicional é prática contrária à legislação vigente. Ademais, a Lei nº 12.258/2010, que regulamentou a utilização do monitoramento eletrônico na execução penal, inicialmente, previu a possibilidade de utilização do instituto no livramento condicional. No entanto, tal dispositivo foi vetado pelo presidente Lula sob o argumento de que a adoção do monitoramento eletrônico para esse fim contrariaria a proporcionalidade e a suficiência da execução penal, além de aumentar os custos da execução penal, sem contribuir em nada para a diminuição da população carcerária. (BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 310 de 15 de junho de 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>. Acesso em: 23. ago. 2017).

⁴³ BRASIL. Ministério da Justiça. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil*. Brasília, 2015, p. 38. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

Essa característica de reforço punitivo em contraposição à ideia de alternativa à prisão não é restrita apenas ao Brasil. Na Espanha, por exemplo, o monitoramento eletrônico é utilizado para os apenados que se encontram em regime aberto de cumprimento da pena. No sistema espanhol, os sentenciados em regime aberto podem sair da unidade penal para trabalhar e ver a família, desde que tais saídas sejam programas pela *Junta de Tratamiento* responsável. No entanto, também devem permanecer no mínimo oito horas diárias no interior do estabelecimento penal, de preferência no horário noturno.

Ocorre que o art. 86.4 do Código Penitenciário Espanhol faculta ao condenado passar as referidas oito horas diárias de reclusão fora do ambiente penitenciário, desde que concorde em ser monitorado eletronicamente. Em termos práticos, o condenado deve consentir em ser continuamente monitorado para não ter de pernoitar no cárcere. No entanto, não se trata de alternativa à prisão, senão de mais uma medida de reforço punitivo. Ora, se o sujeito não concordar com a vigilância telemática, poderá passar praticamente 2/3 do seu dia em liberdade e sem vigilância direta, mas, para evitar a pernoite na prisão, terá que aceitar que a totalidade do seu dia seja vigiada eletronicamente. Não parece uma escolha justa.

No mesmo caminho, Gonzalo Escobar Marulanda assevera que:

[...] lo que sí parece claro es que, una persona que permanece durante el día fuera de la cárcel en un régimen de "confianza", que pasa los fines de semana fuera del recinto carcelario y goza de permisos de salida ordinarios y extraordinarios, o en otros términos, que pasa la mayor parte del tiempo fuera de la prisión, sin ninguna clase de control, no necesita estar controlado electrónicamente las ocho horas restantes del día. Está paradójica regulación del control penitenciario es la que carece de fundamento, precisamente porque carece también de fundamento que permanezcan en prisión.⁴⁴

Nesse sentido, percebe-se, facilmente, que a antiga promessa do monitoramento eletrônico de servir como instrumento desencarcerador nunca se concretizou e talvez nunca chegue a tanto. É que as agências penais, em sua maioria, apenas utilizam o dispositivo como ferramenta de ampliação da esfera de controle estatal sobre o indivíduo, e não como real instrumento substitutivo à prisão.

Ademais, em que pese o otimismo dos defensores da vigilância telemática, é preciso refletir se esse método, ainda que travestido de alternativa à prisão, não significa apenas mais uma medida de relegitimação do discurso

⁴⁴ MARULANDA, Gonzalo Escobar. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 224. Disponível em: <https://www.academia.edu/3005051/Los_monitores_electr%C3%B3nicos_puede_ser_el_control_electr%C3%B3nico_una_alternativa_a_la_c%C3%A1rcel_>. Acesso em: 14 ago. 2017.

punitivo. É que todas as vezes que se fala em alternativas ao cárcere, em geral, apenas “a parte boa” do assunto ganha ênfase, qual seja, a retirada do agente da prisão. No entanto, uma discussão desse calibre não é tão simples assim.

Ora, não raramente, o brado das alternativas penais é sabotado pelos operadores das agências estatais que transformam essas novas ferramentas em uma espécie de convite para o aumento do catálogo das hipóteses punitivas. Pode-se apontar como clássico exemplo a inserção de diversas penas alternativas à prisão na reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984. O pensamento era o de que tais substitutivos penais diminuiriam a criminalidade e a própria população carcerária. Poucas décadas depois, a situação só piorou: aumentou o número de presos, cresceu a violência e a elaboração de novos tipos penais também.

É justamente por isso que nem sempre uma medida sedutora como o monitoramento eletrônico pode ser acolhido de forma cega. Deve-se ponderar se o benefício do desencarceramento promovido pela vigilância eletrônica não se encontra apenas na teoria e refletir se a real consequência desse novo instituto não será apenas aumentar o espectro punitivo. O otimismo em retirar os indivíduos do cárcere não pode se confundir com a inocência quanto ao comportamento estatal diante de um instrumento de controle individual tão poderoso. Assim, em que pese as máquinas gozarem de neutralidade, dependem da manipulação humana, e esta última, na seara penal, já demonstrou que, se não for estritamente controlada, quase sempre tenderá a excessos e abusos.

CONCLUSÃO

A penalogia do século XXI, com certeza, será marcada pelas investidas, cada vez mais frequentes, do desenvolvimento da ciência. Há até quem sustente um novo direito penal tecnológico. Como consequência desse fenômeno, tem-se o monitoramento eletrônico, que desde a década 1980, quando foi testado pela primeira vez nos Estados Unidos, se espalhou para diversos países, servindo aos mais diferentes tipos de política criminal.

No entanto, é preciso extrema cautela na recepção de instrumentos de controle dessa magnitude ante a infeliz tendência das agências de repressão penal ao uso abusivo de novas formas de punição. Basta ver que, em sua gênese, a Lei nº 12.258/2010, que inaugurou o monitoramento eletrônico no Brasil, previa, inclusive, a utilização do instituto como medida acessória ao regime aberto, penas restritivas de direito e até mesmo ao livramento condicional. Felizmente, tais hipóteses legais foram vetadas, o que não deixa de revelar a sanha punitiva do legislador.

Ademais, é de bom alvitre ressaltar que o monitoramento eletrônico é incompatível com o sistema de garantias e direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988. É que, por dar amplo acesso ao Estado sobre a exata localização de cada passo do apenado, o monitoramento eletrônico, sem dúvidas, viola a intimidade e a privacidade individual. Nem mesmo o consentimento do sujeito, nesses casos, se presta a afastar a incompatibilidade do

instituto, dado que, em inúmeras vezes, caso não preste anuência, o resultado é a prisão, materializando-se uma coação velada.

Não menos importante é a lesão do instituto à própria dignidade do indivíduo monitorado. Ora, é inegável que os dispositivos eletrônicos que permitem o monitoramento (tornozeleiras e braceletes) são facilmente percebidos pela sociedade no corpo do condenado, sendo fator que pode causar estigmas e até mesmo dificultar o processo de ressocialização.

Por fim, destaca-se que os ideais genéticos do monitoramento eletrônico quanto ao desencarceramento e à redução do custo penitenciário revelaram-se um total fracasso. Desde a sua criação, o índice de pessoas monitoradas eletronicamente só cresceu, todavia a população aprisionada se elevou ainda mais. Nota-se que talvez os fins inicialmente almejados pelo instituto não sejam nunca alcançados, pois, na forma como é aplicado, o monitoramento eletrônico não se presta a atuar como alternativa à prisão, senão como mero adicional ao processo punitivo. É preciso refletir cuidadosamente, pois, na forma como é executado no Brasil, o instituto está servindo de alternativa à liberdade, e não à prisão.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei de Execução Penal*. Coleção de Leis do Brasil. Brasília, DF, v. 5, p. 68, 1991. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/14e42549f19e98c0a59fef5731eb69a0.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: Infopem – junho de 2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-de-pen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 310 de 15 de junho de 2010*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

CÉRÉ, Jean-Paul. La Surveillance Électronique: une réelle innovation dans le procès penal?. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano VII, n. 8, jun. 2006.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais*. 2012. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. *O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessociação decorrente da prisão*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 16. ed., Petrópolis: Vozes, 1997.

GONZÁLEZ, Pilar Otero. Monitorización electrónica en el ámbito penitenciario. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid, n. 74, maio/jun. 2008.

HENRIQUES, Hamilton Belloto. *Cárcere biológico: novas formas de punição na sociedade tecnológica*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARULANDA, Gonzalo Escobar. Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). In: CID MOLINÉ, José. LARRAURI PIJOAN, Elena. (Coord.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

PEILLARD, Ana María Morales. Vigilancia en la modernidad tardía: el monitoreo telemático de infractores. *Política Criminal*, Santiago, v. 8, n. 16, 2013.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Prisão eletrônica: análise e reflexões. In: BAYER, Diego. (Coord.). *Controvérsias criminais – Estudos de direito penal, processo penal e criminologia*. Jaraguá do Sul: Mundo Acadêmico, 2016.

RÍO, Miguel Ángel Iglesias; PARENTE, Juan Antonio Pérez. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 2062, p. 1071-1107, 2006.

OS OBJETIVOS DA EXECUÇÃO PENAL E AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO

THE OBJECTIVE OF THE CRIMINAL LAW AND THE PRISON SENTENCES OF SHORT-TERM

Johnathan de Barros Soares

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Ex-aluno do Colégio Pedro II – Realengo. Estagiário do Núcleo do Sistema Penitenciário – NUSPEN.

Resumo: O presente trabalho, à luz das teorias da pena, objetiva expor os problemas enfrentados pelo Estado na execução da pena de prisão e na busca pelos objetivos da execução penal, problemas esses suportados pelos indivíduos encarcerados. A incapacidade do Estado de executar a pena se torna mais evidente ao se tratar de penas privativas de liberdade de curta duração.

Palavras-chave: Direito penal. Penas privativas de liberdade. Execução penal.

Abstract: The present work, in light of the theories of the penalty, aims to expose the problems faced by the Brazilian State in the execution of the sentence and in the search for the objectives of the criminal execution, problems those supported by the incarcerated individuals. The inability of the State to perform the sentence becomes more evident when it comes to private sentences of short-term freedom.

Keywords: Criminal law. Prison sentences. Penal execution.

INTRODUÇÃO

Há séculos a sociedade questiona a função da pena de prisão e os efeitos gerados nos prisioneiros. Pelos entendimentos doutrinários, clássicos e modernos, que serão analisados ao longo deste trabalho, observa-se que a legislação brasileira tem uma ideia de pena muito semelhante à concepção das chamadas teorias unitárias ou mistas.

Examinando o entendimento doutrinário a respeito da execução da pena e a dificuldade do Estado em atingir o anunciado objetivo da execução penal, este trabalho analisa as penas privativas de liberdade de curta duração e seu pernicioso efeito nos condenados, muitas vezes primários, submetidos a todas as mazelas do cárcere e à morosidade da justiça criminal.

Nesse prisma, a dificuldade fica evidente nos casos de penas privativas de liberdade de curta duração aplicadas nos casos da chamada “violência doméstica e familiar”, visto que nesses delitos é inaplicável a maioria das medidas descarcerizadoras existentes.

1. DAS TEORIAS DA PENA

O direito de punir, desde as sociedades antigas, é uma questão muito debatida no campo da filosofia. De uma forma geral, esse tema é tratado comumente sob a denominação de teorias da pena (ou finalidades da pena), muito embora tais teorias representem, acima de tudo, teorias do próprio direito penal. Afinal, toda teoria da pena é sempre uma teoria do direito penal. As chamadas teorias legitimadoras do direito penal são consideradas formulações teóricas justificadoras do direito de punir, sintetizadas nas seguintes afirmações: pune-se porque pecou (teoria absoluta); pune-se para que não peque (teoria relativa); pune-se porque pecou e para que não peque (teoria mista).

O olhar das teorias absolutas sobre a pena é de que a pena é sinônimo de justiça: quem pratica um mal deve sofrer um mal (retribuição). As teorias absolutas entendiam que a pena se justifica pelo cometimento do ato criminoso, punindo porque pecou. A teoria fundamenta a existência da pena pelo fato de os indivíduos cometerem delitos, tendo caráter meramente retributivo. Por essa concepção, a pena seria desvinculada de qualquer efeito social, servindo apenas como reparação.

As teorias absolutas foram rechaçadas por não criarem pressupostos ou requisitos para a imposição de pena, não limitando o poder estatal de punir. Assim, as teorias absolutas deixavam o legislador livre para incriminar quaisquer comportamentos, condutas humanas, fatos, cominando quaisquer espécies de pena em quaisquer quantidades, sendo absolutamente incompatível com um Estado democrático de direito.

As teorias relativas, também chamadas de prevencionistas ou utilitárias, fundamentam a pena na necessidade de evitar a prática de novos delitos. A pena não é vista como um fim em si mesmo, mas como um meio a serviço de determinados fins (concepção utilitária da pena), qual seja, a prevenção de novos crimes, justificando-se, portanto, pela sua utilidade social. De acordo com as teorias relativas, a punição se impõe não para retribuir o delito praticado, mas para prevenir a sua prática (castiga não porque delinuiu, mas para que não volte a delinquir).

Na doutrina, são encontradas diversas variantes das teorias relativas e dos fins preventivos da pena. A finalidade preventiva da pena se divide em dois sentidos: o de caráter geral, que atua sobre a generalidade dos destinatários da norma (prevenção geral), e outro de caráter individual, dirigido àquele que já incidiu na prática do crime (prevenção especial). Ainda, esses dois segmentos se subdividem em função das suas prestações, que podem ser negativas ou positivas.

A prevenção geral negativa, por ser geral, é dirigida a toda a coletividade social. A ideia dessa teoria é que a pena aplicada no indivíduo reflete na sociedade, intimidando os destinatários da norma e inibindo comportamentos contrários ao ordenamento jurídico, por meio de coação psicológica. A pena tem a prevenção de delitos pela ameaça de punição, desencorajando as pessoas da prática de delitos.

Em contrapartida, a prevenção geral positiva não se dirige aos infratores nem aos potenciais infratores, mas, sobretudo, aos cidadãos fiéis à lei, aos que supostamente manifestam tendência “espontânea” de respeitá-la.

Conforme assevera Roxin,

Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo direito penal; em segundo lugar, o efeito da confiança, que se consegue quando o cidadão que vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica.¹

A teoria da prevenção especial ou individual não busca a intimidação da sociedade nem a retribuição do mal causado, mas dirige-se ao condenado em particular e seu objetivo é fazer com que o desvirtuado não volte a delinquir. Assim como os demais tipos de teorias relativas, a teoria da prevenção especial se subdivide em negativa e positiva.

Segundo a teoria da prevenção especial negativa, a intervenção jurídico-penal serve para neutralizar o ímpeto daquele que já praticou o delito, com a aplicação da pena privativa de liberdade, impedindo-o de praticar novos crimes. O indivíduo é retirado do convívio social e privado de sua liberdade, o que evita que cometa novos delitos.

Já na teoria da prevenção especial positiva, a ideia é que a pena tenha a finalidade de prevenir novos delitos, na medida em que o autor do delito, após sua neutralização, tem a oportunidade de ser “melhorado” mediante sua educação, correção e recuperação, para ser reinserido na sociedade.

Por fim, as teorias unitárias, também conhecidas como mistas, adotadas pela maioria dos países na atualidade, são formulações que surgiram com a tentativa de conciliar a retribuição da pena com os fins de prevenção geral e de prevenção especial. Para essas teorias, a pena se justifica pela necessidade de proteção de bens jurídicos, unindo justiça e utilidade, na medida em que a pena só será legítima se for justa e útil. Doutrinariamente, as teorias unitárias da pena que mais se destacam são as de Claus Roxin e Luigi Ferrajoli.

A teoria de Claus Roxin foi denominada de Teoria Dialética Unificadora. Segundo Roxin, cada fase referente à individualização da pena (cominação, aplicação e execução) deve ser analisada com suas especificidades, verificando em cada uma delas a finalidade da reprimenda. Na primeira fase, na cominação abstrata da pena, a finalidade seria de prevenção geral subsidiária de compor-

¹ ROXIN, Claus. Transformaciones de la teoría de los fines de la pena. Nuevas formulaciones en las ciencias penales. *Revista de Direito Penal*, n. 11-12, jul.-dez. 1993. Atualmente, entre as teorias da prevenção geral positiva, destaca-se a formulação de Gunther Jakobs, que, partindo da concepção ético-social (a pena destinando-se a produzir efeitos sociopedagógicos sobre a coletividade) e da necessidade de integração social das normas, desenvolve uma perspectiva funcional do direito penal. Para Jakobs a prevenção geral seria dirigida a todos, como exercício da confiança na norma, fidelidade jurídica pelo reconhecimento da pena como efeito da contravenção, e da aceitação das consequências de cometer o delito e o dever de suportar a pena. Cf. JAKOBS, Gunther; MELIA, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo – noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21-23.

tamentos ofensivos a bens jurídicos que se mostrarem indispensáveis e não satisfeitos pelo direito civil ou direito público. Na individualização judicial da pena, segunda fase, por meio de sentença penal condenatória, a finalidade da pena continua sendo de prevenção geral. Mas, de acordo com Roxin, a pena estaria limitada pela culpabilidade, de maneira a evitar possíveis excessos que poderiam resultar da prevenção geral, não podendo ultrapassar a medida da culpa do agente. Na última fase, na execução da pena, sem prejuízo da prevenção geral, visa-se reinserir/reintegrar o infrator na sociedade. Conclui Roxin que a finalidade do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa.

A outra teoria unitária que se destaca, a de Luigi Ferrajoli, é chamada de Garantismo Penal e se fundamenta no sistema de escalonamento de normas, no qual existe uma norma suprema (fundamental) que servirá de fundamento de validade para todas as demais normas. Nesse contexto, desenvolve-se a teoria do Garantismo Penal, que se trata da tutela dos valores ou direitos fundamentais cuja satisfação é o fim justificador do direito penal. A teoria do Garantismo Penal propõe estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloque a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Assim, o direito penal teria a finalidade de prevenir futuros delitos e a finalidade de prevenção geral de penas arbitrárias e desproporcionais.

Após analisar as teorias da pena e compará-las com o Código Penal brasileiro vigente, pode-se observar que, como indica o art. 59, *caput*, o juiz, ao individualizar a pena na sentença condenatória, deve estabelecer a pena conforme seja necessário (pena adequada e proporcional) para a reprovação e a prevenção do crime (teoria unitária). Assim, podemos afirmar que a legislação penal brasileira não adotou uma teoria em particular, sendo possível extrair do texto legal (reprovação e prevenção) uma tendência às teorias unitárias ou mistas.

2. A Lei de Execuções Penais e seus objetivos

A finalidade da execução, como determinado pela Lei de Execuções Penais, é “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e a do internado” (art. 1º da Lei nº 7.210/84). Na primeira parte do texto legal, é notável a idealização da teoria da prevenção especial negativa, em que a sentença busca neutralizar o criminoso, por meio da pena, evitando que ele cometa novos delitos. Na segunda parte, é visível a teoria da prevenção especial positiva, pois objetiva a educação, a correção e a recuperação do indivíduo, para que então seja reinserido na sociedade. Diante da atual realidade econômica do país, é dispensável a explicação de que o Estado não tem condições de garantir os direitos mais básicos dos presos,² sendo impossível afirmar que o Estado poderá proporcionar condições para a chamada “reinserção” do preso na sociedade.

² Vide ADPF nº 347, em que foi declarado “estado de coisas inconstitucional” o sistema penitenciário brasileiro.

O termo “reinserção”, muito presente no discurso dos que estudam direito penal e até dos docentes das universidades brasileiras, é um tanto inverídico, pois é impossível que ocorra a reinserção se o criminoso nunca foi inserido na sociedade, conforme afirma Winfried Hassemer. Segundo o autor alemão, as penas privativas de liberdade mantêm os presos isolados não só em um espaço, mas também socialmente, o que é estupendo paradoxo, visto que a ideia da pena seria “educação para a liberdade através da privação da liberdade”. O preso é levado a um ambiente social diferente, lá permanecendo isolado até o término de sua pena. Ao voltar para a sociedade, retorna desabitado e estigmatizado a uma sociedade que se desenvolveu com regras sociais e leis diferentes das experimentadas nos estabelecimentos prisionais.³

Dessa maneira, fica clara a ineficiência das penas privativas de liberdade como ferramenta de inclusão social. Não obstante o supracitado, a morosidade do Judiciário contribui de maneira significativa para o mesmo fator.

Segundo Rodrigo Roig,⁴ o Conjunto de Princípios da ONU para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão, em seu Princípio 38, determina que:

A pessoa detida pela prática de infração penal tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou se aguardar julgamento em liberdade”. Esse está fazendo alusão ao chamado Princípio da Celeridade, ou da razoável duração do processo, que também é priorizada no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, que prescreve que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ocorre que, no Brasil, os presos custodiados ficam à deriva da morosidade do Estado, que tem imensa dificuldade de respeitar a garantia constitucional da duração razoável do processo. Verifica-se que, após ser preso, o suposto infrator vê sua prisão em flagrante ser celeremente convertida em preventiva. Contudo, tem que aguardar, muitas vezes, mais de um ano por uma sentença.

3. AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO

O problema descrito acima se acentua nos casos das penas privativas de liberdade de curta duração, como nos crimes de lesão corporal envolvendo violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

As penas privativas de liberdade de curta duração são ineficazes e problemáticas ao serem analisadas de modo crítico. De acordo com a doutrina,

³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 378.

⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90.

[...] as penas privativas de liberdade de até seis meses, assim se acredita, em regra, não são suficientemente longas para autorizar um tratamento auspicioso, mas são suficientemente longas para introduzir os presos nas técnicas e atuações criminosas, na “subcultura da prisão”.⁵

O preso está diante de dois problemas nesse momento: (i) a privação de liberdade por curto período de tempo não vai reeducá-lo nem contribuir para a sua reinserção na sociedade, pois isso não é possível em tão pouco tempo; (ii) o tempo que ficará encarcerado é suficiente apenas para que ele fique desabitado das normas sociais.

Além disso, outro grave problema que pode ser identificado é a dificuldade que o Estado tem de executar a pena privativa de liberdade de curta duração em tempo hábil, sem incorrer em verdadeiro excesso de execução. A título exemplificativo, basta imaginar uma pessoa condenada a uma pena de seis meses. Essa pessoa permaneceu presa cautelarmente tanto tempo (por adiamento de audiências, volume de processos na vara, dificuldade de apresentação do réu no fórum etc.) que, ao ser condenada, muitas vezes está próxima (ou até mesmo já alcançou) o termo final de sua pena.

O perigo reside, justamente, na hipótese de condenação a uma pena privativa de liberdade próxima de seu término, visto que, após ser proferida a sentença penal condenatória, ainda temos a ciência do Ministério Público, a ciência da defesa técnica, a ida dos autos ao contador, a elaboração de carta de execução de sentença, o envio à Vara de Execuções Penais, o tombamento na Vara de Execuções Penais (após enfrentar a pilha de outras cartas de sentenças que aguardam idêntico procedimento), a elaboração de cálculo de pena, a vista ao Ministério Público (que com sorte “perceberá” o término de pena) e, finalmente, a vista à defesa.

Na maioria das vezes, a pessoa condenada a pena privativa de liberdade de curta duração fica mais tempo presa do que o tempo determinado na sentença, uma vez que o Estado, em sua infundável burocracia, é incapaz de conseguir executar tal pena dentro dos limites em que foi imposta.

Um caso concreto dessa violação ocorreu no processo nº 0002682-63.2015.8.19.0044,⁶ que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). O réu foi condenado a uma pena de quatro meses pelo crime tipificado no art. 129, § 9º, do Código Penal (lesão corporal), pena que foi reduzida para três meses após apelação defensiva, julgada em março de 2017. Em 7 de dezembro de 2017, iniciou-se o cumprimento da pena, a qual deveria terminar em 6 de março de 2018. Ocorre que, mesmo após o término da pena, o indivíduo continuou preso por mais um mês, tendo sido solto somente em 19 de abril.

⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 379-380.

⁶ Disponível em: <[http://wwwa.gr.jus.br/consultaProcesso/WebV2/consultaMov.do?v-2& numProcesso=2015.044.002664-9& acesso! P=internet&tipoUsuario="](http://wwwa.gr.jus.br/consultaProcesso/WebV2/consultaMov.do?v-2& numProcesso=2015.044.002664-9& acesso! P=internet&tipoUsuario=)>. Acesso em: 10 jul. 2018.

No caso apresentado, não só a pena falhou em sua tentativa de “reeducar” o preso para retornar ao convívio social, como também o Estado falhou ao manter aquele transgressor encarcerado por tempo excessivo. Pensando na recorrente morosidade do Judiciário, pode-se perceber a incompetência do Estado, que impõe uma pena privativa de liberdade de três meses sabendo que não tem condições para executá-la.

A explicação para essa frequente ilegalidade praticada pelo Estado encontra-se em Hassemer,⁷ que afirma que a sociedade é fiel adepta da ideia de retribuição, e que só encara a justiça como a punição dos autores dos fatos típicos. Mesmo não conseguindo aplicar a pena privativa de liberdade em condições que não violem os direitos humanos, o Estado insiste em punir o criminoso com a intenção de retribuir o mal causado por este.

Assim, percebendo que a pena privativa de liberdade de curta duração é ineficaz e responsável pela transformação do pequeno infrator em potencial criminoso, visto que o tempo da pena imposta é suficiente apenas para introduzi-lo no meio pernicioso do sistema penitenciário, convivendo com facções criminosas, mostram-se imprescindíveis (e de certa forma urgente) o fomento e a utilização de medidas/penas alternativas à prisão nessas hipóteses.

A legislação brasileira prevê, desde o ano de 1995, com a edição da Lei nº 9.099, um verdadeiro movimento de política criminal visando à descaracterização daqueles que viessem a praticar os chamados crimes de menor (pena máxima de dois anos) e médio (pena mínima de um ano) potencial ofensivo (arts. 61 e 89 da Lei nº 9.099/95).

No mesmo sentido, em 1998, a legislação brasileira, mais uma vez, no mesmo movimento de política criminal, com a Lei nº 9.714, reformulou toda a sistemática existente sobre as chamadas penas alternativas (penas restritivas de direito), visando ao desencarceramento dos autores de crimes cujas penas não excedam quatro anos e não tenham sido praticados com violência ou grave ameaça a pessoa.

As penas restritivas de direitos são, inicialmente, falhas em sua finalidade, que era de conter a expansão penitenciária. Pensando na superlotação dos presídios, essa pena alternativa acabou por não lograr êxito em reduzir a explosão encarceradora em nosso país.⁸ As penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Além de falhar na contenção da explosão encarceradora, as penas restritivas de direito falham, por si sós, em sua aplicação.

A pena de multa, pena alternativa à pena privativa de liberdade, é uma sanção puramente de cunho econômico. A substituição pela pena de multa está prevista no art. 60, § 2º, do Código Penal e expressa-se no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Essa pena tem como único beneficiário o Estado, visto que o valor pago pelo condenado é convertido para o fundo penitenciário nacional.

⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2. ed. alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 383.

⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 475.

Nos casos de pessoas em cumprimento de penas privativas de liberdade de curta duração, normalmente, em condenações nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha), o problema ganha contornos dramáticos.

A Lei nº 11.340, em seu art. 41, veda a aplicação das medidas desarcerizadoras previstas na Lei nº 9.099/95 (representação nos crimes de lesão corporal leve, composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo). Da mesma forma, a jurisprudência, consoante os verbetes nº 542 e 536 da súmula do STJ,⁹ reafirma a lei ao proibir tais medidas nas hipóteses de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.¹⁰ Na mesma linha é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, por ocasião do julgamento da Reclamação nº 27.262,¹¹ deixou assente que os delitos praticados na forma da Lei Maria da Penha são insuscetíveis das medidas previstas na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Ademais, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (verbetes nº 588 da súmula predominante),¹² as penas restritivas de direito são inaplicáveis aos delitos praticados na forma da Lei nº 11.340/2006, seja pela existência da elementar da violência ou grave ameaça a pessoa,¹³ seja por não se admitir nesses crimes qualquer medida que impeça o encarceramento do condenado.

Assim, nesses casos envolvendo delitos praticados em situação de violência doméstica e familiar, não resta alternativa ao réu senão o cumprimento da pena privativa de liberdade ou, com sorte, a obtenção da suspensão condicional da pena.

O *sursis* penal (medida que pode ser tomada nos casos em que não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos), previsto no art. 77 do Código Penal, é o único instituto, em tese, aplicável para o tipo de crime aqui abordado. Contudo, como é sabido, o requisito subjetivo para a concessão da suspensão condicional da pena, mormente nos casos que envolvem violência doméstica e familiar, permite uma certa variabilidade subjetiva na sua aplicação.

⁹ Súmula nº 542 – A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. Súmula nº 536 – A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

¹⁰ Nesse contexto, vale destacar ainda o verbebo nº 589 da súmula do STJ: “É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.”

¹¹ Reclamação nº 27262 feita pelo MPRJ. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27262&classe=Re I&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27262&classe=Re%20I&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M)>. Acesso em: 14 jul. 2018.

¹² Súmula nº 588 – A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

¹³ O art. 44 do CP determina que as penas restritivas de direitos somente podem ser aplicadas quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça.

CONCLUSÃO

Em uma análise expositiva das teorias da pena, ficou evidente que a legislação brasileira impõe a sanção para repreender a prática criminosa e para prevenir que mais crimes ocorram, o que se aproxima da teoria unificadora (ou mista). Em concordância com isso é que a Lei de Execuções Penais prevê, por meio das penas privativas de liberdade, a reinserção do preso na sociedade, a reeducação dele para ser inserido no convívio social, o que é manifesta teoria, visto que nenhum preso é ressocializado e a pena privativa de liberdade causa mais danos do que benefícios.

Não se pode falar em ressocialização, pois o Estado não obteve êxito em socializar aquele indivíduo que, por isso, delinuiu. Se o Estado não conseguiu inserir aquele indivíduo na sociedade antes que ele delinuisse, é impossível que, através de métodos especulativos, o infrator seja reinserido na sociedade a fim de que não reincida. Nas penas privativas de liberdade de curta duração, não há que se falar em ressocialização, primeiramente, porque a pena não é longa o suficiente para que eduque e, segundo, porque devido à mora judicial o pequeno infrator não cumpre a pena no regime compatível com a pena a que foi condenado, mas em cadeias públicas.

A mora judicial é a maior contribuinte para as ilegalidades na execução penal, observado que os presos ficam, na maioria das vezes, por mais de um ano aguardando, como presos provisórios, uma decisão do Poder Judiciário. E quando são condenados, notadamente a uma pena privativa de liberdade de curta duração, ou já cumpriram a reprimenda em sua integralidade, ou estão prestes a cumprir, e inexoravelmente, ficarão presos mais tempo do que o devido, aguardando o procedimento burocrático da execução penal.

Ao analisar tais problemas e refletir a respeito das penas privativas de liberdade de curta duração, aplicadas a crimes de menor potencial ofensivo, mormente nas hipóteses da Lei nº 11.340/2006, é possível constatar uma situação desesperadora. A prisão nos casos de penas de curta duração somente influencia negativamente, afetando a vida do indivíduo e a população carcerária, que é constituída por aproximadamente 40%¹⁴ (quarenta por cento) de presos provisórios no Estado do Rio de Janeiro, não cumprindo com nenhuma das finalidades a que se propõe.

Dessa forma, diante da incompetência do Estado para executar a pena privativa de liberdade de curta duração, a resposta do Estado para esses delitos deveria ser, obviamente, uma alternativa não penal, visando ao utópico atingimento dos objetivos da execução penal, previstos no art. 1º da Lei nº 7.210/84.

¹⁴ GEOPRESÍDIOS – Conselho Nacional de Justiça. Dado disponível em: <http://www.enj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>.

REFERÊNCIAS

GEOPRESÍDIOS. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.enjju.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 13 jul. 2018.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

JAKOBS, Giiuther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo – noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROXIN, Claus. Transformaciones de la teoria de los fines de la pena. Nuevas formulaciones em lãs ciências penales. *Revista de Direito Penal*, n. 11-12, jul.-dez. 1993.

RETROCESSO E SELETIVIDADE DO CÁRCERE: A INEFICÁCIA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO COMBATE À CRIMINALIDADE

BACKSPACE AND SELECTIVITY OF CARCERE: THE INEFFECTIVENESS OF REDUCTION OF MAJORITY CRIMINAL TO COMBAT CRIME

Tatiana Ribeiro Lago

Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal – Instituto Prominas, Universidade Cândido Mendes. Advogada. Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Prisões, Violência e Direitos Humanos - NEPP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

Resumo: Na contramão dos direitos assegurados desde a Constituição de 1988, o povo brasileiro assiste ao avanço de movimentos ultraconservadores que colocam em risco as garantias individuais conquistadas de forma tão árdua nos anos pós-ditadura militar. Um desses retrocessos diz respeito aos direitos da infância e da adolescência que estão sendo claramente ameaçados com a proposta de redução da maioridade penal. Nessa perspectiva, o presente artigo tem por escopo fazer uma revisão legislativa sobre a (in)imputabilidade penal de crianças e adolescentes no Brasil e, secundariamente, mostrar que o sistema penal é seletivo e que a ultrapenalização nos faz caminhar para um direito penal de emergência, com efeitos meramente simbólicos, visto que a seletividade do sistema prisional permanecerá em face das “classes perigosas”. Assim, ao final, este trabalho conclui que a possível redução da maioridade penal implicaria ampliação da vitimização de jovens, devido à comprovada seletividade e à violência do sistema punitivo brasileiro, e não resolveria o problema da violência a que estamos submetidos cotidianamente.

Palavras-chave: Maioridade penal. Efetivação de direitos. Adolescentes.

Abstract: Against the rights guaranteed since the Constitution of 1988, the Brazilian people watch the progress of ultraconservative movements that endanger individual guarantees conquered so hard in the post-military dictatorship years. One of these setbacks concerns the rights of children and adolescents who are clearly being threatened with the proposal to reduce the age of criminal. In this perspective, this article is scoped to a legislative review of the criminal imputability of children and adolescents in Brazil and secondly, to show that the criminal justice system is selective and ultra-penalty makes us move towards a criminal law emergency, with merely symbolic effects, since the selectivity of the prison system remains face the “dangerous classes”. So in the end, this paper concludes that the possible reduction of criminal responsibility would involve the expansion of the youth victimization due to proven selectivity and violence of the Brazilian punitive system and would not solve the problem of violence to which we are submitted daily.

Keywords: Criminal majority. Enforcing rights. Teens.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, um dos mais discutidos problemas que afeta a sociedade brasileira diz respeito às altas taxas de criminalidade, quase sempre associadas à violência. O relatório sobre a situação mundial de prevenção à violência da Organização Mundial de Saúde – OMS (2017) mostra que o Brasil se encontra no nono lugar no *ranking* das maiores taxas de homicídio das Américas (30,5 mortes para cada 100 mil habitantes)¹. Outro estudo que considera os cinco países mais populosos do mundo coloca o Brasil como o primeiro em números absolutos e o quinto em taxa de homicídio.

O relatório da OMS (2012) atesta que a população jovem é quem sofre o ônus dos homicídios, pois são os jovens, cada vez mais, as vítimas. Numa perspectiva mundial, a violência fatal não é distribuída igualmente entre sexo e idade. Os homens entre 15 e 29 anos são os mais vitimados nos crimes de homicídio, especialmente nos países com baixos níveis econômicos.² No Brasil, a taxa de homicídio de jovens entre 15 e 24 anos é mais que o dobro da taxa total: 82 mortes por 100.000 habitantes. Em capitais do Nordeste, como Maceió, verificou-se uma taxa de 288,1/100.000, demonstrando uma situação de extermínio dessa população que, em sua maioria, é também pobre e negra.³ O relatório do Índice de Homicídio na Adolescência⁴ concluiu que, “no ano de 2012, para cada grupo de 1.000 adolescentes que chega aos 12 anos, 3,32 indivíduos serão mortos por homicídio antes de cumprir os 19 anos de idade”.

Por outro lado, o Brasil não dispõe de dados oficiais sobre o número de homicídios praticados por adolescentes. Em uma nota recente, a Organização das Nações Unidas (ONU) informa que apenas 0,013% dos 21 milhões de adolescentes que vivem no Brasil cometeu atos contra a vida, ressaltando que os adolescentes são mais vítimas que autores de violência e que 2,8% dos homicídios em 2012 teriam sido cometidos por adolescentes. Já a Secretaria Nacional de Direitos Humanos (SDH) informa que 9% dos adolescentes internados em 2012 praticaram homicídio. Roubo foi o ato infracional mais cometido (38%), seguido do tráfico (27%). Nesse cenário, percebemos que os adolescentes não são aqueles que mais matam, embora se note um fenômeno de correlação ilusória⁵ diante desses dados, vez que é impactante a ideia de que crianças ou adolescentes possam atentar contra a vida e, quando isso ocorre, é amplamente anunciado.

¹ World health statistics 2017: monitoring health for the SDGs, Sustainable Development Goals. Disponível em: <<http://apps.who.int>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

² WHO. *Global Status Report on Violence Prevention 2014*. Luxemburg: WHO, 2014.

³ WAISELFSZ, Julio, Jacobo. *Mapa da violência 2013*. Homicídio e Juventude no Brasil. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Latino-Americanos, 2013. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

⁴ MELO, Doriam Luis Borges de; CANO, Ignácio. Índice de homicídios na adolescência: IHA, 2012. Rio de Janeiro: Observatório de Favelas, 2014, p. 10. Disponível em: <<http://www.unicef.org>>. Acesso em: 4 out. 2015.

⁵ Suposição incorreta de que existe uma alta correlação entre dois itens que não são usuais ou são raros, associada à forma como percebemos membros de categorias sociais (CHAPMAN, L. J. Illusory correlation in observational report. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 6, 1967, p. 151-155. Disponível em: <www.sciencedirect.com>. Acesso em: 4 out. 2015).

Assim, diante dos números que atestam a magnitude da violência que assola o cotidiano brasileiro, a sanha punitiva se ergue como solução mágica, como vimos no ano de 2015 a aprovação, pela Câmara dos Deputados, da redução da maioria penal de 18 para 16 anos. Pratt,⁶ ao analisar a evolução do castigo e da civilização, sugere que o processo civilizatório não é linear e, muitas vezes, produz consequências incivilizadas. Exemplos disso seriam o atual encarceramento em massa, as condições de aprisionamento e os massacres verificados no século XX. Na Inglaterra, quando as execuções públicas foram extintas, no final do século XIX, pensou-se que, finalmente, estávamos presenciando novos paradigmas penais condizentes com um mundo civilizado. Os argumentos de dissuasão e retribuição deram lugar ao tratamento e à reabilitação como principais objetivos da pena, bem como a um sentimento de redução da culpa do delinquente por suas infrações e transferência da responsabilidade à sociedade. No lugar do antigo “carnaval” que envolvia os castigos públicos, segundo Pratt,⁷ as prisões começaram a se constituir como principais instrumentos de castigo devido ao clamor público de redução do sofrimento exibido nas praças públicas, ocultando as cenas ofensivas dentro dos seus muros. Apos-tava-se, assim, na prisão como uma possibilidade de uma pena humanizada.

Garland,⁸ por sua vez, na análise das mudanças nas teorias do controle e no sentimento punitivo da sociedade, lembra que o *welfarismo* penal na Grã-Bretanha – que consistia na crença de que as medidas penais deviam ser intervenções destinadas à reabilitação – perdurou entre 1950 e 1960 e começou a sofrer ataques contra suas premissas e práticas que minaram a credibilidade das instituições e proporcionaram uma desmoralização do sistema de justiça penal, alimentada pela sensação de fracasso devido às taxas de delito em crescimento nos anos 1970 e 1980. As políticas do sistema de controle social migraram do ideal de reabilitação do *welfarismo* penal, que tomou o lugar dos castigos retributivos, para a reparação da política oficial de sentimentos punitivos e gestos expressivos na pós-modernidade. E o aparecimento do regime disciplinar diferenciado (RDD) no sistema penal no Brasil, a redução da imputabilidade penal ou as *supermax* nos EUA são exemplos dessa política de endurecimento e ampliação de restrições ou, em última instância, de regimes mais dolorosos.

Retrocedemos, assim, no curso do nosso processo civilizatório e retomamos os sentimentos de vingança e da caça ao bode expiatório⁹ da vez, os adolescentes. Vemos, cotidianamente, que a prisão – embora tenha surgido com o intuito de humanização da pena – não tem sido capaz de enfrentar o desafio da diminuição das taxas de violência, mas ainda persiste no imaginário da população como instrumento de vingança.

⁶ PRATT, Jonh. *Castigo y Civilización: una lectura crítica sobre las prisiones y los regimenes carcelarios*. Barcelona: Gedisa, 2006.

⁷ PRATT, Jonh. *Castigo y Civilización: una lectura crítica sobre las prisiones y los regimenes carcelarios*. Barcelona: Gedisa, 2006.

⁸ GARLAND, David. *La Cultura del Control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.

⁹ Quando se projeta o mal numa parcela da sociedade que nos é externa (COIMBRA, Cecília. *Operação Rio: o mito das classes perigosas*. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 2001, p. 61).

A seguir, avaliaremos as mudanças desse processo punitivo na legislação brasileira e discutiremos alguns dos aspectos que envolvem uma possível redução da maioria penal no contexto brasileiro.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA (IM)PUTABILIDADE DO MENOR NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

1.1 Código Penal do Império – 1830

A responsabilidade penal e a imputabilidade de crianças, adolescentes e jovens vêm sendo regulamentadas no direito brasileiro desde a sanção da lei de 16 de dezembro de 1830 que instituiu o Código Criminal do Império. A preocupação em punir crianças e adolescentes, no Brasil, tem origem nas Ordenações Filipinas, que prevaleceram no país por mais de dois séculos, até 1830, data da promulgação do Código Criminal. Este substituiu o livro V das Ordenações Filipinas, de 1603, legislação portuguesa vigente mesmo depois da Independência, em 1822, por disposição transitória da Assembleia Nacional Constituinte de 1823.¹⁰

O Código Criminal de 1830 considerava os menores de 14 e maiores de 7 anos de idade inimputáveis apenas no caso de não se comprovar que havia discernimento necessário para a prática do ato. Caso comprovado o discernimento, a punição era aplicada nas casas de correção, que eram locais responsáveis por isolamento e disciplina e voltados para o desenvolvimento de hábitos de trabalho,¹¹ como previa o art. 13 do Código Criminal, abaixo transcrito:

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezeseite annos.

Cabe ainda destacar os seguintes dispositivos importantes no que tange à questão da imputabilidade penal no Código Criminal do Império:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:
 § 1º Os menores de quatorze anos.
 § 2º Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime.
 § 3º Os que cometerem crimes violentados, por força ou por medo irresistíveis.

¹⁰ PESSOA, Gláucia Thomaz de Aquino. *Código Criminal*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2015. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=7546>>. Acesso em: 20 set. 2015.

JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Sevana, 2006.

¹¹ SANT'ANNA, Marilene Antunes. Os espaços das prisões no Rio de Janeiro do século XIX. *Anais das Jornadas de 2007*. Programa de Pós-Graduação em História Social da UFRJ. Disponível em: <<https://revistadiscientepghis.files.wordpress.com>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

§ 4º Os que cometerem crimes casualmente no exercício da prática de qualquer ato ilícito, feito com tenção ordinária.

Art. 11. Posto que os mencionados no artigo antecedente não possam ser punidos, os seus bens comtudo serão sujeitos á satisfação do mal causado.

Art. 12. Os loucos que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente.

Nota-se que existia uma forte preocupação com o aprisionamento ou o recolhimento de menores em instituições de correção, pois, à época, a ideia da punição era uma medida de correção em sobreposição à educação, o que muda no final do século XIX, embora seja perceptível que esse pensamento nunca deixou de existir na sociedade e tem se tornado mais expressivo nos tempos atuais com a discussão da redução da maioridade penal.

Além disso, segundo entendimento de Jesus,¹² o modelo punitivo assistencialista trazido pelo Código Criminal não logrou êxito em razão do descaso do Estado brasileiro com os adolescentes infratores, pois existiam poucas casas de correção para prestar assistência e, dessa forma, o Estado não pôde cumprir o que ele próprio impôs na legislação então vigente.

1.2 Código Penal da República – 1890

Após a Proclamação da República, em 1889, promulgou-se o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, por meio do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, que passou a prever a irresponsabilidade penal dos menores de 9 anos de idade. Desse modo, crianças e adolescentes entre 9 e 14 anos podiam ser considerados inimputáveis ao agir sem discernimento, este aferido pelo teste *doli incapax*.¹³ Sendo considerado culpado, aplicava-se o art. 30, abaixo transcrito.

Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.

Verifica-se um progresso do Código da República em relação ao do Império, dado que reconheceu o menor de 9 anos de idade como inimputável, irresponsável penalmente, enquanto os menores entre 9 e 14 anos ficavam a cargo da definição do seu grau de discernimento no momento da infração, sendo a maioridade penal de 14 anos mantida.

¹² JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Sevanda, 2006.

¹³ De acordo com definição da Unicef (2009), a expressão *doli incapax* significa “incapaz de fazer o mal”, presunção de que crianças e adolescentes abaixo de certa idade não têm maturidade necessária para se sujeitarem à ação penal.

Fazendo um comparativo, Souza e Pavarina afirmam que:

Os Códigos Penais de 1830 e de 1890 foram os dois principais textos legais da denominada etapa penal indiferenciada, tendo como base a pesquisa do discernimento como critério de fixação de sanções. O critério do discernimento ou biopsicológico vem sendo inclusive paulatinamente eliminado dos ordenamentos jurídicos democráticos, haja vista seu caráter discricionário e arbitrário. O critério do discernimento como forma de fixação da imputabilidade penal sempre causa problemas devido a sua subjetividade.¹⁴

Com a proclamação da República, em 1889, afirma Rizzini,¹⁵ o “problema da criança” adquiriu certa dimensão política, consubstanciada no ideal republicano da época. Nesse momento, segundo a autora, nota-se a urgência de intervenção do Estado seja para educar/corrigir “menores”, tornando-os cidadãos úteis e produtivos para o país, seja para garantir a organização moral da sociedade à época.

1.3 Código de Menores – 1927

Em 1927, por meio do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, foi instituído o Código de Menores, conhecido como Código Mello Matos, seu idealizador, sendo destacado pelo fato de versar sobre normas relativas à assistência e proteção de crianças e adolescentes, sobretudo os abandonados e delinquentes. No que se refere às finalidades desse código, Veronese¹⁶ define-as bem, ao aduzir que:

O código do menor conseguiu corporificar leis e decretos que, desde 1902, propunham-se a aprovar um mecanismo legal que desse especial relevo à questão do menor de idade. Alterou e substituiu concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, responsabilidade, disciplinando, ainda, que a assistência à infância deveria passar da esfera punitiva para a educacional. Serviu ainda para designar com o termo “menor” aqueles que se encontravam em situação de carência material ou moral, além dos infratores, como preceitua.

¹⁴ SOUZA, Jeisy; PAVARINA, Antenor. Os aspectos negativos da redução da maioria penal. *ETIC – Encontro Toledo de Iniciação Científica*. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://inter temas.toledoprudente.edu.br>>. Acesso em: 10 set. 2015.

¹⁵ RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília: Unicef; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000.

¹⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

As principais características trazidas por esse código, de acordo com Pereira¹⁷, foram:

- a) concepção política social – instrumento de proteção e vigilância da infância e adolescência, vítima da omissão e transgressão da família, em seus direitos básicos. O menor abandonado ou delinquente, objeto de vigilância da autoridade pública (juiz);
- b) instituição Conselho de Assistência e Proteção aos Menores, como associação de utilidade pública, com personalidade jurídica;
- c) a função dos Conselheiros, nomeados pelo Governo, era auxiliar o Juízo de Menores, sendo os Conselheiros denominados “Delegados da Assistência e Proteção aos Menores”;
- d) elevação da idade da irresponsabilidade penal do menor para quatorze anos;
- e) criação de um esboço de Polícia Especial de Menores dentro dos comissários de vigilância. Foi o Código que consolidou a legislação sobre crianças e consagrou-lhe um sistema de atendimento, estabelecendo as regras do desvio social. Pela primeira vez no Brasil, crianças menores de sete anos recebiam o nome de expostas; os menores de dezoito anos, de abandonados; os meninos de rua, de vadios; as que pediam esmola, de mendigos, e as frequentadoras de prostíbulos, de libertinas.

Para Rizzini,¹⁸ ao propor a regulamentação de medidas de proteção, englobando a assistência, o legislador escolheu um caminho que ultrapassava em muito as fronteiras do jurídico. O que o impulsionava era “resolver” o problema dos “menores”, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle sobre os “menores” por meio de mecanismos de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e educação.

Nesse sentido, Saraiva¹⁹ afirma que, paralelamente, foi-se construindo a doutrina do “Direito do Menor”, fundada no binômio carência/delinquência. Se não mais se confundia criança com adulto, dessa nova concepção resulta outro mal: a consequente criminalização da pobreza.

¹⁷ PEREIRA, Rosemary Ferreira de Souza. *Algumas diferenças entre os códigos de menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em <<http://educacao.diadema.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2015.

¹⁸ RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília: Unicef; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000.

¹⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

1.4 Código Penal – 1940

Não visualizamos mudanças significativas no Código Penal de 1940, promulgado por meio do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, quando comparado ao Código do Menor, de 1927, visto que se restringiu a fixar a imputabilidade penal aos 18 anos de idade, adotando o critério puramente biológico. Afirmou em seu art. 27 que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial, ao tempo que passou a existir uma presunção absoluta de inimputabilidade penal aos menores de 18 anos de idade.

Ademais, percebe-se uma evolução normativa, confirmada no século XX, momento em que o Estatuto da Criança e do Adolescente passa a descrever o tratamento legal e assistencial que será dado a esse público.

1.5 Novo Código Penal de Menores – 1979

Em 1979, com a criação de um novo Código de Menores, por intermédio da Lei nº 6.697/79, deu-se apenas seguimento ao Código de Menores de 1927, enfatizando a Doutrina da Situação Irregular, ao prever no inciso I do art. 1º do referido Código que “a lei disporá sobre a assistência, proteção e vigilância de menores até 18 anos de idade, que se encontrarem em situação irregular”.

Esse Código trouxe, em suas disposições preliminares, assistência, proteção e vigilância a menores – uma política de caráter compensatório, coercitivo e de institucionalização.²⁰

Nesse momento foram criadas a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) e as Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (Febem) com o objetivo de prestar assistência aos “menores”, incluindo aí o atendimento tanto aos carentes e abandonados quanto aos infratores. Esse Código foi revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.6 Constituição Federal de 1988

Prevê o art. 228 da Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Somando-se a esse dispositivo, temos o art. 27 do Código Penal, que reproduz a norma constitucional, ao determinar que “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. A partir da interpretação dos dispositivos citados, entende-se que a Constituição garante ao menor de 18 anos a qualidade de inimputável, estando este submetido às normas da legislação especial – Estatuto da Criança e do Adolescente, objeto de análise no próximo tópico.

²⁰ MALTA, Cláudia Viana de Melo. *A (in)visibilidade de crianças e adolescentes: o avesso da regulação social do estado e os caminhos de resistência*. Maceió: EDUFAL, 2009.

1.7 Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) surgiu para atender a determinação constitucional (parte final do art. 288), ao disciplinar que os menores de 18 estarão “sujeitos às normas da legislação especial”.

Em consagração à Doutrina da Proteção Integral, o art. 3º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), visando garantir à criança e ao adolescente os direitos fundamentais constitucionalmente pregados, dispõe que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

É com o ECA que, de acordo com Segundo,²¹ pela primeira vez se faz a distinção entre o adolescente infrator e aquele em situação de abandono, tanto familiar quanto por parte do Estado.

O ECA garante políticas públicas visando àqueles jovens vitimizados, aqueles que não tiveram seus direitos respeitados, tendo por base a teoria da proteção integral à criança consagrada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (1989), e na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), bem como na Constituição Federal de 1988, além de prever medidas socioeducativas voltadas àqueles adolescentes em conflito com a lei, dispondo que, quando da prática do ato infracional, estão os autores sujeitos às medidas socioeducativas impostas pelo art. 112, que variam da advertência até a internação, a depender da gravidade do ato.

No que se refere à imputabilidade penal, o ECA, em seu art. 2º, cuidou de definir aqueles que podem ser atingidos com os efeitos dessa lei, ou seja, “criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade”. De igual modo, instituiu a punição para os adolescentes autores de atos infracionais, impossibilitando que fiquem impunes. Nesse sentido, seu art. 104 tem a seguinte redação: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”.

2. A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: PEC Nº 171/93

O primeiro projeto de redução da maioridade penal foi apresentado em 1993, pelo então deputado federal Benedito Domingos, por meio da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 173/93.

²¹ SEGUNDO, Edvaldo Dantas. Redução da idade penal em face da Constituição Federal. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 13 set. 2015.

Em apertada síntese, essa PEC traz a alteração do art. 228 da CF/88 e estabelece a imputabilidade penal aos 16 anos de idade no caso de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, sob o argumento de que a maioria penal foi fixada no Código Penal de 1940, momento em que os jovens possuíam “um desenvolvimento mental inferior aos jovens de hoje da mesma idade”, podendo ser atribuída responsabilidade penal aos jovens maiores de 16 anos.

Segundo dados da Secretaria-Geral da Presidência da República, após o ano de 1993, foram apresentadas mais 38 propostas de emenda à Constituição no que tange à redução da maioria penal. Dessas, a maioria propõe a redução da maioria para 16 anos, outras, para os 14 e 12 anos, e há ainda as que pretendem retirar a matéria da imputabilidade penal da Constituição Federal.

Desde que foi apresentada, a PEC nº 171/93 foi apreciada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados (que analisa os quesitos constitucionalidade, legalidade e técnica legislativa) por quatro vezes e em todas o parecer foi no sentido de permitir as alterações, mas, até o presente momento, tais pareceres aguardam apreciação do Senado Federal.

Esse projeto seguiu por muito tempo arquivado, mas, após vários pareceres, a proposta foi aprovada em 2.7.2015, no primeiro turno, pela Câmara dos Deputados, com 323 votos favoráveis e 155 contrários. Já no segundo turno, que ocorreu em 19.8.2015, a aprovação foi mantida, com 320 votos a favor e 152 contra.

De um modo geral, o argumento central da defesa da redução da maioria diz respeito à crença da sociedade de que menores de 18 anos são os responsáveis por parcela significativa da violência praticada no país e, além disso, que as sanções previstas pelo ECA são ineficazes, traduzindo-se em impunidade.

Estado e sociedade estão cada vez mais preocupados em encontrar saídas para diminuir os índices de violência e criminalidade noticiados. Nessa perspectiva, os parlamentares se mobilizam a partir de seu trabalho legislativo, enquanto poder estatal que representam (art. 2º da CF/88), para dar respostas à população já cansada de tanta hostilidade social e ausência de medidas eficazes por parte dos poderes Executivo e Judiciário.²² É nesse contexto que as discussões sobre a redução da maioria penal são “justificadas” e ganham força.

2.1 Inconstitucionalidade e ineficácia da alteração legislativa proposta

Seguindo para uma análise sob a ótica constitucional do referido projeto, ao considerar a redução da maioria penal, verificamos que o art. 60, § 4º, da Constituição traz o rol de matérias relativas às emendas constitucionais e, em seu inciso IV, veda a possibilidade de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais. É esse um dos maiores argumentos jurídicos que sustentam o debate da impossibilidade de redução da maioria penal.

²² PETER, Elói Siegert; KUSS, Peter Cibele; FISCHER, Deivis. Nota Técnica Redução da Maioridade. Associação de Apoio à Criança e ao Adolescente. AMENCAR. Disponível em: <<http://maristas.org.br>>. Acesso em: 1º out. 2015.

No ordenamento jurídico brasileiro, a irredutibilidade etária encontra base no art. 228 da CF/88, no art. 104 do ECA, no art. 27 do Código Penal brasileiro e ainda em tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Analisando o art. 228 da Constituição Federal de 1988, encontramos um direito individual fundamental, portanto, cláusula pétreia, inalterável, exatamente por se tratar de disposição que traz uma garantia individual. Além disso, temos a impossibilidade de proposta de emenda constitucional tendente a abolir ou restringir direitos e garantias individuais, trazida pelo mencionado art. 60, § 4º, IV, da Constituição. Como esse último dispositivo trata-se de uma cláusula intangível, o poder constituinte derivado não pode alterá-lo.

Somando-se à inconstitucionalidade, há outro argumento de extrema relevância que merece ser destacado: a ineficácia das alterações das leis que, em sua maioria, apenas atendem a um clamor da sociedade, surtindo efeito meramente simbólico e mostrando-se incapaz de reduzir de maneira significativa a criminalidade.

A título de exemplo, citamos a criação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que versa sobre os crimes hediondos. Tal lei foi editada como uma resposta à sociedade para os alarmantes índices de sequestros, extorsões e homicídios que aterrorizaram a década de 1990. No entanto, não surtiu o efeito desejado no que tange à ocorrência de homicídios, pois, conforme dados do Mapa da Violência de 2013, utilizando como fonte informações do Sistema de Informações sobre Mortalidade, em 1990, a taxa de homicídios no Brasil era de 22,2 por cem mil habitantes. De 1994 a 2003, atingiu 29,1 por cem mil habitantes, declinando, em 2004, para 27. Em 2005, 28,1 e, em 2010, 27,4. O estudo mais recente é o Atlas da Violência produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)²³ em conjunto com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), que analisou o intervalo entre os anos 2005 e 2015 e mostrou que a atual taxa de homicídio no Brasil é de 28,9 para cada 100 mil habitantes. Ademais, o mesmo aconteceu com a lei de trânsito, com a Lei Maria da Penha e tantas outras, cujo rigor aplicado não serviu para inibir/reduzir a ocorrência de crimes.

Corroborando a ideia de ineficácia das alterações das leis, está o entendimento de Gomes, ao afirmar que:

[...] a redução da maioria penal, além de ser uma medida inconstitucional (violadora do artigo 228 da Constituição Federal e tantos outros dispositivos que asseguram o tratamento diferenciado do adolescente que está em fase de desenvolvimento da sua personalidade), tende a ser inócua: de 1940 (data do Código Penal) até março de 2015 o legislador brasileiro reformou nossas leis penais 156 vezes. Nenhuma reforma legal jamais diminuiu qualquer tipo de crime no País, a médio ou longo prazo.²⁴

²³ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea/Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP. *Atlas da violência*. Rio de Janeiro: IPEA E FBSP, 2017. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/atlas-2017>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. Redução da maioria penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4297, 7 abr. 2015, p. 1.

Se 156 leis penais novas não funcionaram, qual é a base empírica para se acreditar que uma nova lei, justamente a decorrente da PEC nº 171/93, seria diferente?

3. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL IMPOSTA PELO ECA AOS ADOLESCENTES INFRATORES

Inicialmente, cumpre salientar a diferença entre “inimputabilidade *versus* impunidade”, entendidas como sinônimos por boa parte da sociedade brasileira. Inimputabilidade é a incapacidade que tem o agente de responder criminalmente por sua conduta delituosa, já impunidade diz respeito a “estar isento”. Assim, o fato de crianças e adolescentes não serem imputados penalmente, ante a não ocorrência de crime, e sim de infração penal, não significa que estes estão imunes ou não serão responsabilizados pelo ato cometido.

A Constituição brasileira é de solar clareza ao afirmar que os menores de 18 anos são inimputáveis penalmente, desse modo somente não responderão criminalmente com as sanções previstas no Código Penal e de Processo Penal. No entanto, aqueles que cometerem atos infracionais estarão sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial, qual seja, o ECA.

Como bem rechaçou o *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*:

Diariamente é propagandeada pela mídia a associação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) à impunidade do adolescente. Esta (falsa) ideia baseia-se na concepção de que o adolescente seria incitado a cometer um ato infracional porque a atual legislação seria branda quanto a sua punição. Confunde-se então, inimputabilidade com impunidade, e se esquece de que as medidas de internação constituem-se em efetiva restrição de liberdade em estabelecimento próprio destinado a isso.²⁵

Para elucidar a questão da responsabilização dos menores de 18 anos no Brasil, apresentamos dados atuais da Secretaria de Direitos Humanos no que se refere à prática de atos infracionais. Os índices, em 2011 e 2012, mantiveram-se equivalentes no tocante aos atos infracionais correspondentes a roubo e tráfico. Quanto ato infracional de roubo, em 2011, 8.415 (38,1%) adolescentes estavam em restrição ou privação de liberdade, sendo que, em 2012, o número era de 8.409 adolescentes (38,6%). O ato infracional relacionado ao tráfico de drogas, segundo maior na tipificação dos atos cometidos, foi praticado, em 2011, por 5.863 adolescentes (26,6%), mantendo praticamente a mesma faixa, pois, em 2012, 5.883 (27,0%) estavam em restrição ou privação de liberdade pela atribuição de tráfico. Os crimes contra a vida representam 10% daqueles cometidos, sendo o homicídio correspondente a 9% e latrocínio 2,2%.

²⁵ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Brasil). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2014, p. 106. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf>.

Os três atos infracionais que não apresentam taxas significativas em nenhum Estado são: estelionato, atentado violento ao pudor e porte de arma branca.²⁶ Os dados também mostram que se manteve a redução de atos graves contra a pessoa que foi obtida entre 2010 e 2011, uma redução da lesão corporal e um aumento pequeno dos demais atos infracionais.

Um aspecto importante enfatizado no relatório é no tocante ao maior sistema socioeducativo do país em número de adolescentes: São Paulo tem 8.497 adolescentes em privação de liberdade, num universo de 4.633.095 na faixa etária de 12 a 18 anos. Dentre estes, o número de atos infracionais é de 8.733, sendo que os atos infracionais contra a pessoa perfazem 4,64% do total. Dentre estes, 94,08% são de adolescentes do sexo masculino.

Por fim, outro dado importante é de que, na média, esses adolescentes interromperam os estudos aos 14 anos de idade, podendo assim se concluir que o ato infracional ocorre num contexto de fragilidade que se materializa em um anterior abandono dos estudos,²⁷ dentre outros fatores.

4. ASPECTOS NEGATIVOS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

4.1 Vitimização de jovens e seletividade do cárcere

Após a exposição dos dados, é de salutar importância citar o fragmento abaixo, escrito por Waiselfiz quando da elaboração do primeiro *Mapa da violência – os jovens do Brasil*, que permanece tão atual quanto à época:

Os jovens só aparecem na consciência e na cena pública quando a crônica jornalística os tira do esquecimento para nos mostrar um delinquente, ou infrator, ou criminoso; seu envolvimento com o tráfico de drogas e armas, as brigas das torcidas organizadas ou nos bailes da periferia. Do esquecimento e da omissão passa-se, de forma fácil, à condenação, e daí medeia só um pequeno passo para a repressão e punição.²⁸

Outros estudos apontam que a violência, dentre outros motivos, está ligada à pobreza, à miséria cultural e ao enfraquecimento do Estado democrático de direito. Apontam ainda que “a maioria dos internos de instituições que visam à reeducação de menores é habitante de regiões marginalizadas socialmente e de alta periculosidade criminosa. Regiões essas que ultrapassam os limites temporais da história”, conforme Bregalda.²⁹

²⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Brasil). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2014. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf>.

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Panorama Nacional – A execução das medidas socioeducativas de internação – Programa Justiça ao Jovem*. 2012. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

²⁸ WAISELFIS, Julio Jacobo. *Mapa da violência*. Os jovens do Brasil. Brasília: Ed. Garamond, Unesco, Instituto Ayrton Senna, 1998, p. 5.

²⁹ BREGALDA, Gustavo. *Redução da Maioridade Penal*. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 1º out. 2015.

Nessa senda, estudos atuais revelam que o panorama nacional apresenta uma taxa de homicídio entre jovens³⁰ negros 155% maior do que a de jovens brancos, na evidência de como a violência tem sido seletiva no país e da necessidade de implementação de políticas públicas focalizadas para este grupo de risco (Brasil, 2015).

No que se refere ao problema de vitimização de jovens, Waiselfisz³¹ é categórico ao afirmar que:

Se a magnitude de homicídios correspondentes ao conjunto da população já pode ser considerada muito elevada, a relativa ao grupo jovem adquire caráter de epidemia. Os 34,6 milhões de jovens que o IBGE estima que existiam no Brasil em 2008, representavam 18,3% do total da população. Mas os 18.321 homicídios que o DATASUS registra para esse ano duplicam exatamente essa proporção: 36,6%, indicando que a vitimização juvenil alcança proporções muito sérias.

Prossegue o mesmo autor, apontando para o entendimento de que a vitimização de jovens é estritamente ligada a uma seletividade penal, à medida que se verifica que:

Os índices de homicídio do Brasil, no período de 2002 a 2012 revelam que existe uma crescente associação entre homicídios e cor da pele das vítimas, na qual, progressivamente, a violência homicida se concentra na população negra e, de forma muito específica, nos jovens negros. Considerando os jovens, as taxas negras aumentam de 74,1 em 2011 para 80,7 em 2012: crescimento de 8,9%. As brancas também crescem, mas com ritmo menor: 4,7%. O índice de vitimização de jovens negros, que em 2002 era de 79,9, sobe para 168,6: para cada jovem branco que morre assassinado, morrem 2,7 jovens negros. No início do período analisado (2002), a taxa de homicídio dos brancos era de 21,7 por 100 mil brancos e a dos negros, de 37,5 por 100 mil negros. Assim, em 2002, morreram proporcionalmente 73% mais negros que brancos. Em 2012, esse índice sobe para 146,5. A vitimização negra, no período de 2002 a 2012 cresceu significativamente: 100,7%, mais que duplicou.³²

³⁰ Jovem, neste trabalho, deve ser entendido como pessoa entre 15 e 29 anos de idade, de acordo com o Estatuto da Juventude – Lei nº 12.852/2013.

³¹ WAISELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência*. Os jovens do Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Sangari, 2011, p. 13. Disponível em: < <http://www.mapadaviolencia.org.br>> Acesso em: 6 out. 2015.

³² WAISELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência*. Os jovens do Brasil. Rio de Janeiro: FACSIO, 2014, p. 17. Disponível em: < <http://www.mapadaviolencia.org.br>> Acesso em: 6 out. 2015.

No que se refere aos homicídios, tendo adolescentes como vítimas, Waiselfisz³³ percebeu que, em 2012, houve um aumento expressivo dos números de homicídios a partir dos 13 anos de idade: as taxas pulam de 4,0 homicídios por 100 mil para 75,0 na idade de 21 anos. O autor cita ainda que, na faixa jovem, o Brasil apresenta taxas de homicídio que nem países em conflito armado conseguem alcançar.

No que se refere aos dados de atos infracionais análogos ao crime de homicídio, utilizando-se dados do 7º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2013), observamos que foram registrados 1.963 no Brasil, em 2012. Contrastando com esse dado, temos a ocorrência de 47.094 crimes de homicídios na mesma época. Mas tão somente 4% desses homicídios foram praticados por menores de 18 anos, ou seja, foram enquadrados como ato infracional análogo ao crime de homicídio. Além disso, dos mortos em homicídios, em 2012, 53,37% eram jovens, 77% eram negros (pretos e pardos) e 93,3% do sexo masculino. No mesmo ano, a taxa de óbitos (por 100 mil habitantes) para a população não jovem foi de 18,5, sendo que, para a população jovem, esse número sobe para 57,61. Diante do contexto apresentado, os jovens do país representam o maior número de vítimas e não criminosos.

Os números trazidos – de fontes diversas – justificam os motivos pelos quais o Brasil ostenta a posição de país com uma das maiores taxas de homicídio do mundo. Em vista disso, o expressivo aumento da mortalidade de jovens – sobretudo dos jovens negros –, conforme apontado por Custódio,³⁴ é uma questão que deve ser encarada do ponto de vista da política pública, e não se enfatizar apenas a autoria de crimes graves cometidos por jovens.

Coimbra³⁵ ressalta que a preocupação com a criminalidade infanto-juvenil funciona, na realidade, mais como um instrumento de marginalização da população pobre do que uma ampliação e um reconhecimento dos direitos civis dos jovens, pois,

Num país atingido por fortes desigualdades sociais e de direitos, as propostas favoráveis à redução da maioridade penal (ou ao aumento do tempo de internação) são cúmplices deste processo de criminalização da pobreza, jogando para o aparelho carcerário-punitivo os grupos e indivíduos mais vulneráveis psicológica, social, econômica e culturalmente, as chamadas “classes perigosas” das teorias higienistas.³⁶

Essas “classes perigosas” são as que povoam o sistema carcerário do país. Dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (INFOPEN, 2015,

³³ WAISELISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência*. Os jovens do Brasil. Rio de Janeiro: FACSIO, 2014, p. 4. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

³⁴ CUSTÓDIO, Rafael. *No banco das escolas ou no banco dos réus?* Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2014. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br>>. Acesso em: 1º out. 2015.

³⁵ COIMBRA, Cecília. *Operação Rio: o mito das classes perigosas*. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 2001.

³⁶ CUSTÓDIO, Rafael. *No banco das escolas ou no banco dos réus?* Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2014, p. 107. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br>>. Acesso em: 1º out. 2015.

p. 9) indicam que jovens entre 18 e 29 anos representam 54,8% da população carcerária brasileira e, em sua maioria, são negros, com baixa escolaridade e moradores de bairros periféricos, apontando para a seletividade do cárcere e o dado fático de que os jovens já são a população-alvo do sistema prisional.

Além disso, é um consenso que a prisão, nos moldes em que se opera no país, é um fracasso: um espaço inadequado para atender os princípios de moderação das penas e de reeducação daqueles que infringem a lei, embora tenha surgido para humanizar as antigas penas de martírio. Cada vez mais, há notícias de que o contexto prisional não é saudável e que nele são encontradas situações que denunciam danos à pessoa que se encontra em regime de privação de liberdade, resultando em agravos biopsicossociais e retroalimentação da violência.

O último relatório da ONU, divulgado em 2006 e confirmado por outro relatório da Associação Internacional de Advogados (IBA), apresentado no 12º Congresso da ONU de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, em abril de 2010, na cidade de Salvador, Bahia, ressalta a precariedade das condições das prisões, caracterizadas por superpopulação, insalubridade, confinamento permanente, violência entre organizações criminosas, mas também aponta o aumento de investimentos na área e o esforço governamental para expandir o sistema. O relatório do IBA é contundente ao afirmar que “o sistema de Justiça criminal brasileiro parece ser tão ruim em punir os culpados quanto em proteger os inocentes” (IBA, 2010, p. 9). E vai além ao constatar que seu relatório é consistente com diversos outros documentos de direitos humanos sobre abusos no sistema prisional brasileiro das duas últimas décadas. Como pouca coisa mudou desde então, afora o grande crescimento do número de pessoas encarceradas (nos últimos cinco anos, esse número cresceu 37%), questiona o relatório: “Uma sensação de *dèjà vu*?”

Outro relatório, elaborado pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara Federal sobre o sistema carcerário, após oito meses de trabalho, concluiu que “a situação do sistema prisional é um caos”. Os parlamentares encontraram presídios superlotados, condições insalubres das celas (ratos, esgoto a céu aberto), refeições inadequadas, corrupção, falta de pessoal, dentre outros. Citam-se diversas unidades prisionais e colocam uma das unidades prisionais da Bahia entre aquelas em pior situação. As condições gerais encontradas no sistema penitenciário brasileiro despojam a pessoa presa de sua humanidade, como por exemplo oferecer a alimentação em sacos plásticos para ser comida com a mão porque não há talheres ou usar creolina – produto prescrito para animais – nas afecções de pele por falta de assistência adequada à saúde.

Nesse cenário, será que é possível pensar que a ampliação do encarceramento da população jovem diminuirá os índices de violência?

5. RETROCESSO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Da interpretação das conhecidas palavras de Cesare Beccaria, ao criticar a atividade do legislador, extrai-se o entendimento de retrocesso:

De uma parte, as leis castigam a traição. De outro, autorizam-na. O legislador, com uma das mãos, aperta os laços de sangue e de amizade e, com a outra, dá o prêmio àquele que os rompe. Sempre em contradição com ele mesmo, ora tenta disseminar a confiança e encorajar os que duvidam, ora espalha a desconfiança em todos os corações. Para prevenir um crime, faz com que nasçam cem.

Assim, ao mesmo tempo em que incumbe ao Estado zelar pela garantia dos direitos humanos fundamentais, em determinadas situações, ele atesta sua incapacidade de desempenhar essa função constitucionalmente imbuída, e atua também como violador de suas próprias normas, compactuando e legitimando a prática de crimes. É nesse sentido que defendemos que a eventual aprovação da EC nº 171/93 caracterizará um retrocesso jurídico-penal na atual conjuntura brasileira.

Primeiro, porque, como alhures demonstrado, resta claro que a proposta de EC nº 171/93 é de absurda inconstitucionalidade em razão de tal alteração acarretar desrespeito a uma cláusula pétrea da Constituição Federal e ofender diretamente a soberania do Estado democrático de direito, além de atingir todo o ordenamento que versa sobre os direitos da criança e do adolescente, Código Penal e Processo Penal, bem como os tratados de que o Brasil é signatário.

A partir daí, fazemos o seguinte questionamento: quais são os argumentos pró-redução? É sobre suas prováveis respostas que passaremos discutir a seguir.

Ao Estado, na condição de garantidor, cabe implementar políticas públicas efetivas para enfrentar a criminalidade, em vez de preocupar-se em atender um clamor social, oriundo de uma ideia equivocada, segundo a qual institucionalizar crianças e adolescentes em estruturas falidas, como é o nosso sistema penitenciário, pode reduzir as altas taxas de atos infracionais.

Permitir a redução da maioria penal e encarcerar menores de 18 anos significa apenas segregar, retirar do convívio social aqueles que cometem delitos e perturbam a paz social e que, certamente, antes mesmo de cumprir a pena, retornarão para a criminalidade.

Diante de tantos óbices legais para a alteração da imputabilidade penal, ainda assim houve aprovação por dois turnos da PEC nº 171/93 pela Câmara dos Deputados. Assim, o que percebemos é um despreparo do Poder Legislativo brasileiro, aliado ao visível compromisso com interesses pessoais, além da submissão a pressões político-partidárias, tornando-os suscetíveis à aprovação de projetos de leis motivados pelo clamor popular, este, por sua vez, diretamente influenciado pelo discurso propagado pela mídia, que, ideologicamente enviesado, exerce poder de persuasão sobre a sociedade, fomentando a indignação/vingança coletiva.

Outro ponto importante que contribui para a aprovação da PEC nº 171/93 é que a bancada do Congresso Nacional no momento da elaboração deste artigo tem sido considerada a mais conservadora desde o fim da ditadura militar. Esse fato se materializa, por exemplo, nas votações que admitem perdas de direitos trabalhistas, entre tantos outros direitos assegurados constitucional-

mente. Encontramos resquícios evidentes da ditadura e pós-ditadura nos projetos de leis que desejam a redução da idade para responsabilização criminal, quando estes deixam claro que a criminalidade juvenil pode ser solucionada com o encarceramento, o que se traduz numa política de eliminação do outro, extirpar o mal da sociedade, segregando-o.

Destarte, entende-se que uma política criminal de maior repressão não produzirá resultados satisfatórios. Chega de pensar que atuação mais repressiva é a solução. Em vez disso, o Brasil precisa pautar suas políticas públicas no sentido da prevenção ao crime. Por isso, é necessária a articulação do poder público para a elaboração e execução de políticas públicas que visem assegurar os direitos e garantias constitucionais básicos, como educação, saúde, cultura e lazer e ainda propiciar oportunidades de estudo e trabalho que favoreçam o cumprimento das medidas socioeducativas, sobretudo a internação, a fim de que estes gozem de estrutura para cumprir sua finalidade: retirar os jovens do crime, pois sabe-se que, em razão dos altos índices de pobreza, existe forte tendência de crianças e adolescentes serem “seduzidos” pelos criminosos, que, aproveitando-se de sua inimputabilidade, cooptam esses menores para prestar-lhes auxílio na prática delituosa em troca de vantagem patrimonial.

Por fim, cumpre citar Gomes,³⁷ ao defender que é necessário oferecer educação de qualidade para todos, políticas de prevenção e efetividade da legislação de maneira mais igualitária, mas, no Brasil, a prática está muito dissociada da realidade. Portanto, enquanto sociedade, precisamos avançar muito para alcançar consciência crítica, sobretudo quando vivemos em um cenário em que 27% da população é analfabeta funcional.³⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente trabalho, constatamos o descabimento de uma proposta que vise à possibilidade de redução da maioria no Brasil, ao menos, em um Estado democrático de direito. Primeiro, porque a Constituição Federal veda a possibilidade de emenda constitucional para abolir direitos e garantias individuais, o que é o caso de inimputabilidade do menor de 18 anos; segundo, porque demonstramos, por meio de resultados de pesquisas, que alterações legislativas não inibem a prática de crimes, e isso ficou nítido quando trouxemos a informação de que, em apenas 75 anos (1940-2015), o legislador brasileiro reformou as leis penais 156 vezes; terceiro, porque o sistema penitenciário brasileiro é seletivo e cumpre função, quase que exclusiva, de segregação social e de retroalimentação da violência.

Vimos, ainda, que se as decisões do Legislativo prosseguirem nesse compasso, estaremos caminhando para uma situação catastrófica rumo a um Estado de excessivo controle social e viés exclusivamente punitivo. As garantias conquistadas na Constituição de 1988 estão francamente ameaçadas e não ve-

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. Redução da maioria penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4297, 7 abr. 2015.

³⁸ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios* (Pnad). Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40>. Acesso em: 14 ago. 2017.

mos, até o momento, movimentos populares que possam barrar essas decisões. Pelo contrário, diante das altas taxas de homicídios, a população clama por mais punição. Pesquisa recente do Datafolha revela que 87% dos entrevistados apoiam a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, sendo que 73% consideram que deveria ser aplicada para qualquer crime. Como se comportará o Estado brasileiro diante desse clamor? Essa situação é estarrecedora, pois vivemos um momento de grande insegurança jurídica devido a leis que são editadas, geram consequências econômicas e sociais, e, depois, são revogadas, como temos visto. O que acontecerá com as cláusulas pétreas? Quais artifícios legais poderão ser utilizados? São perguntas para as quais não temos respostas.

Na atual conjuntura, enfrentar a criminalidade juvenil é uma tarefa árdua que o Estado brasileiro terá de cumprir. Devemos desmascarar o preconceito social e institucional, ainda vigente, e atuar sobre as causas das desigualdades sociais enraizadas em nosso sistema jurídico penal, e não em seus efeitos. Carecemos de significativas melhorias em educação, saúde, cultura e lazer e ainda propiciar oportunidades de estudo e trabalho que visem assegurar os direitos e garantias constitucionais básicos.

Diante disso, devemos nos conduzir a outras reflexões e buscar alternativas eficazes, especialmente porque, na realidade brasileira, o perfil das pessoas encarceradas, de acordo com dados do IBGE (de 2010), é majoritariamente de jovens (mais de 70% com idades entre 18 e 34 anos), negros e pardos (mais de 60% afro-brasileiros), de baixa escolaridade (5% analfabetos, 11,34% apenas alfabetizados, 46,42% sem ter completado o ensino fundamental de nove anos e 17,32% sem ter completado o ensino médio) e de baixa renda.

A redução da maioria penal, nos moldes que está sendo proposta, não significa outra coisa senão “encarceramento precoce”, principalmente da população negra e pobre, que é o alvo do sistema, como demonstrado acima.

O Brasil precisa reestruturar o sistema de sanções estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, visando melhor equipar as instituições de cumprimento de medidas socioeducativas, com o objetivo de oportunizar, dentro do período de cumprimento da punição, uma formação técnico-profissional dos adolescentes infratores, além de acompanhar esses menores após o cumprimento da medida.

Entendemos também importante a criação de projetos e políticas públicas no sentido de agregar ao sistema socioeducativo centros de recuperação para atendimento de adolescentes infratores e usuário de drogas, tendo em vista que uma parcela dos atos infracionais cometidos está ligada ao uso de substâncias psicoativas, conforme levantamento realizado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD).³⁹ É necessária, ainda, maior responsabilização de criminosos que se utilizam de adolescentes para a prática de atos infracionais e a ampliação de políticas públicas nos territórios com maiores índices de vulnerabilidade e desigualdade social, como forma de proteger essa população da sedução do mundo do crime.

³⁹ ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. Perspectivas de prevenção da infração juvenil masculina. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2005, p. 81-90.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. Perspectivas de prevenção da infração juvenil masculina. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2005.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projetos de Lei e Outras Proposições. PEC 171/1993- Proposta de Emenda à Constituição*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Panorama Nacional – A execução das medidas socioeducativas de internação – Programa Justiça ao Jovem*. 2012. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.
- BRASIL. DATASUS. Rede interagerencial de informação para saúde – RIPSa. *Comentários sobre os indicadores de mortalidade*. 2007. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br>>. Acesso em: 7 out. 2015.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad)*. Disponível em: <https://www2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea/Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP. *Atlas da violência*. Rio de Janeiro: IPEA E FBSP, 2017. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/atlas-2017>>. Acesso em: 28 ago. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Índice de vulnerabilidade juvenil à violência e desigualdade racial 2014. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/>>. Acesso em: 6 out. 2015.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Levantamento Anual das Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa – 2012* (2014). Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.
- BREGALDA, Gustavo. *Redução da Maioridade Penal*. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 1º out. 2015.
- CHAPMAN, L. J. Illusory correlation in observational report. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 6, 151-155, 1967. Disponível em: <www.sciencedirect.com>. Acesso em: 4 out. 2015.
- COIMBRA, Cecília. *Operação Rio: o mito das classes perigosas*. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 2001.
- CUSTÓDIO, Rafael. *No banco das escolas ou no banco dos réus?* Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2014. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br>>. Acesso em: 1º out. 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Brasil). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2014. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf>.

GARLAND, David. *La Cultura del Control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Redução da maioridade penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4297, 7 abr. 2015.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I, t. 2.

JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Sevanda, 2006.

MALTA, Cláudia Viana de Melo. *A (in)visibilidade de crianças e adolescentes: o avesso da regulação social do estado e os caminhos de resistência*. Maceió: EDUFAL, 2009.

MELO, Doriam Luis Borges de; CANO, Ignácio. Índice de homicídios na adolescência: IHA, 2012. Rio de Janeiro: Observatório de Favelas. 2014. Disponível em: <<http://www.unicef.org>>. Acesso em: 4 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Nota do sistema ONU no Brasil sobre a proposta de redução da maioridade penal*. Disponível em: <<http://web.unep.org/nota-do-sistema-onu-no-brasil-sobre-proposta-de-redu%C3%A7%C3%A3o-da-maioridade-penal>>.

PEREIRA, Rosemary Ferreira de Souza. *Algumas diferenças entre os códigos de menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em <<http://educacao.diadema.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2015.

PESSOA, Gláucia Thomaz de Aquino. *Código Criminal*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2015. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=7546>>. Acesso em: 20 set. 2015.

PETER, Elói Siegert; KUSS, Peter Cibele; FISCHER, Deivis. Nota Técnica Redução da Maioridade. Associação de Apoio a Criança e ao Adolescente. AMENCAR. Disponível em: <<http://maristas.org.br>>. Acesso em: 1º out. 2015.

PRATT, Jonh. *Castigo y Civilización: una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Barcelona: Gedisa, 2006.

RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília: Unicef; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000.

SANT'ANNA, Marilene Antunes. Os espaços das prisões no Rio de Janeiro do século XIX. *Anais das Jornadas de 2007*. Programa de Pós-Graduação em História Social da UFRJ. Disponível em: <<https://revistadiscentepghis.files.wordpress.com>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEGUNDO, Edvaldo Dantas. Redução da idade penal em face da Constituição Federal. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 13 set. 2015.

SILVA, Enid Rocha Andrade; GUERESI, Simone. *Adolescentes em conflito com a lei: situação do atendimento institucional no Brasil*. Brasília: Ipea, 2003. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br>>. Acesso em: 9 out. 2015.

SILVA, Roberto da. *A trajetória de institucionalização de uma geração de ex-menores*. 1997. Dissertação (Mestrado em educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

SOUZA, Jeisy; PAVARINA, Antenor. Os aspectos negativos da redução da maioridade penal. *ETIC – Encontro Toledo de iniciação científica*. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br>>. Acesso em: 10 set. 2015.

WAISELFIS, Julio Jacobo. *Mapa da violência*. Os jovens do Brasil. Brasília: Ed. Garamond, Unesco, Instituto Ayrton Senna, 1998.

_____. *Mapa da violência 2013*. Homicídio e juventude no Brasil. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Latino-Americanos, 2013. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. *Mapa da violência*. Os jovens do Brasil. Rio de Janeiro: FACSIO, 2014. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>>. Acesso em: 6 out. 2015.

_____. *Mapa da violência*. Os jovens do Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Sangari, 2011. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br>> Acesso em: 6 out. 2015.

WHO. *Global Status Report on Violence Prevention 2014*. Luxemburg: WHO, 2014.



*PEÇAS
PROCESSUAIS*

CONFLITO DE COMPETÊNCIA COM PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA OBJETIVANDO PÔR TERMO À CRISE DE DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA QUE ESTÁ OCORRENDO NO ÂMBITO DAS VARAS E JUIZADOS FAZENDÁRIOS

Adolfo Filgueiras Etienne

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Titular da DP do 2º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro.

Resumo: A presente peça teve por finalidade resolver de forma definitiva a questão da competência envolvendo Varas e Juizados Fazendários quando existe pessoa física ou jurídica de direito privado em litisconsórcio passivo com pessoas jurídicas de direito público ou com empresas públicas. Os dois órgãos jurisdicionais têm entendimento diverso a respeito da competência nestes casos, assim como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Isto tem causado grande prejuízo para os assistidos, que na prática têm tido o seu direito de acesso à jurisdição negado. Desta forma, para solucionar a questão, foi feito pedido de instauração de assunção de competência no bojo de conflito de competência, de modo a solucionar a controvérsia no âmbito do Tribunal e ainda vincular todos os órgãos jurisdicionais envolvidos. Tal incidente foi renovado no atual Código de Processo Civil com maior disciplina e a atribuição de efeito vinculante, sendo algo na prática judiciária tal qual o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Palavras-chave: Incidente de assunção de competência. Conflito de competência no âmbito dos Juizados e Varas Fazendárias.

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Processo (.....)

(.....), nos autos da Ação que move em face de (.....), Detran, Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro, todos devidamente qualificados à fl. 02, vem, pelo Defensor Público que esta subscreve, suscitar **Conflito de Competência com Pedido de Instauração de Incidente de Assunção de Competência**, entre o Juízo do 2º Juizado Especial Fazendário da Comarca da Capital e o Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública, nos autos do processo (.....), pelos fatos e fundamentos jurídicos que passa a expor:

1. PRELIMINARMENTE

1.1 Da competência do Tribunal de Justiça para dirimir conflito de competência entre Juizado e Juízo Comum

O STJ já definiu que compete ao Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre Juizados e Juízos comuns a ele vinculados. Neste sentido é o enunciado da súmula abaixo, que é totalmente aplicável no âmbito da Justiça Estadual:

Súmula 428/STJ - 12/07/2016. Competência. STJ. Juizado especial federal. Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária. CF/88, art. 105, I, 'd'. Lei 10.259/2001, art. 6º, II. Lei 9.099/1995.

Sendo assim, verifica-se que o TJ/RJ é o órgão competente para decidir sobre a presente questão, por envolver conflito de competência entre juiz do Juizado e juiz da Justiça Comum.

1.2 Da instauração do incidente de assunção de competência: da presença de seus pressupostos

1.2.1 Da relevante questão de direito com grande repercussão social e interesse público

A questão tratada nestes autos é extremamente relevante, pois define a competência dos Juizados Fazendários para julgar ou não causas em que figurem no polo passivo pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado.

A relevância é gritante, sendo inclusive objeto do enunciado 14 do Aviso Conjunto TJ/COJES n. 12, senão vejamos:

As pessoas naturais e as pessoas jurídicas de direito privado não podem figurar no polo passivo de ações propostas no Juizado da Fazenda Pública, ainda que em litisconsórcio com as pessoas elencadas no artigo 5º, inciso II da Lei 12.153/2009.

Aliás, tal enunciado foi editado também em razão da grande repercussão social que tem na vida das pessoas a indefinição a respeito da competência dos Juízos.

É inegável o grande prejuízo que traz à parte a insegurança jurídica sobre o conhecimento de que órgão é competente para o julgamento da causa.

Cotidianamente, são distribuídas, ou redistribuídas, ao Juizado Fazendário inúmeras demandas em que figuram como réus pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

São demandas contra o Detran e em face de pessoa física ou jurídica, ou demandas contra o Estado, Município e hospitais privados, dentre muitos outros exemplos.

São demandas envolvendo os direitos de dirigir e demandas de saúde, dentre muitas outras, sempre com grande aspecto social, principalmente por ter do outro lado também o Poder Público.

O interesse público na questão é evidente, pois visa-se garantir maior celeridade na resolução das demandas, que, diante de conflitos de competência intermináveis, ficam com a jurisdição negada.

1.2.2 Da inexistência de demandas seriais

Conforme ensina Alexandre Freitas Câmara, o presente incidente será cabível

“quando houver questão de direito repetitiva que surge em processos de causas distintas, que não podem ser consideradas demandas seriais. Pense-se, por exemplo, na interpretação dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. Esta é uma questão de direito que pode surgir em processos completamente diferentes, muito distantes de qualquer tentativa de caracterização das demandas repetitivas. Basta pensar na possibilidade de se ter suscitado questão atinente ao preenchimento dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica em uma execução de alimentos devidos por força de relação familiar e em outro processo, em que se executa dívida de aluguel garantida por fiança. Estas duas demandas não são evidentemente repetitivas, mas a questão de direito que nelas surgiu é a mesma: quais os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica nas causas em que incide o disposto no art. 50 do Código Civil. (O *Novo Processo Civil*, Atlas, 2015, págs. 452/543)

Ora, como resta claro, o objeto do presente incidente – competência dos Juizados Fazendários quando existe pessoa física ou jurídica de direito privado em litisconsorte passivo – é objeto de inúmeras demandas distintas.

Pode-se citar o caso de demandas contra o Detran e pessoas físicas objetivando a transferência de pontuação. Outro caso distinto é o das demandas em face do Estado, do Município e de hospital pessoa jurídica de direito privado objetivando internação.

Além destes, vários outros casos podem surgir em que a controvérsia jurídica é a mesma, ou seja, definir a competência do Juizado quando há litisconsorte passivo com pessoa física ou jurídica de direito privado, mas o caso concreto é totalmente distinto.

Resta evidente que o presente caso não se trata de demandas seriais. Vale dizer, não é caso de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

1.2.3 Da divergência entre Câmaras

O Tribunal de Justiça tem apresentado posicionamento diversos sobre a mesma questão.

Seguem abaixo acórdãos que entendem que, no caso de pessoa física

ou jurídica no polo passivo, a competência é do Juizado da Fazenda Pública quando o litisconsorte é necessário:

0044789-26.2016.8.19.0000 – Agravo de Instrumento Des. Ricardo Couto – Julgamento: 01/09/2016 – Sétima Câmara Cível

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME MÉDICO. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. Decisão de primeiro grau que declina de sua competência em favor de um dos Juizados Fazendários. – Valor atribuído à causa que é inferior a 60 salários mínimos. Art. 2º da Lei 12.153/09. Competência absoluta em razão do valor da causa. – **Litisconsórcio necessário entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado. Possibilidade. Não obstante o enunciado nº 14 do Aviso Conjunto do TJ/COJES, tratando-se especificamente de litisconsórcio necessário com pessoas jurídicas de direito público, revela-se possível pessoas jurídicas de direito privado figurarem no polo passivo dos juizados. Nesse sentido dispõe o Enunciado nº 21 do FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais e Enunciado nº 04 da Turma Recursal. Decisão escoreita que se mantém.** Recurso a que se nega seguimento. (grifamos)

0024069-38.2016.8.19.0000 – Conflito de Competência Des. Eduardo de Azevedo Paiva – Julgamento: 22/06/2016 – Décima Oitava Câmara Cível

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO SUSCITANTE, 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA, QUE DEFENDE QUE AINDA QUE HAJA LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO, A COMPETÊNCIA SERIA DO 1º JUIZADO ESPECIAL FAZENDÁRIO, QUE FIGURA COMO JUÍZO SUSCITADO. **Questão envolvendo a interpretação do art. 5º, II, da Lei nº 12.153/09. De acordo com o enunciado nº 21 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF –, as pessoas jurídicas de direito privado podem figurar no polo passivo de ações que tramitam perante os juizados especiais fazendários apenas no caso de litisconsórcio necessário com os entes públicos. O enunciado nº 14 do Aviso Conjunto TJ/COJES nº 12/2015 veda a possibilidade de litisconsórcio, dispondo que as pessoas naturais e as pessoas jurídicas de direito privado não podem figurar no polo passivo de ações propostas perante o juizado da fazenda pública. No caso em exame, o Memorial Saúde e respectivo hospital figuram no polo passivo em litisconsórcio facultativo com**

o Estado e o Município do Rio de Janeiro, o que é incompatível com o processamento no âmbito dos juizados fazendários. Conflito julgado improcedente para declarar a competência do juízo suscitante. (grifamos)

0023318-51.2016.8.19.0000 – *Conflito de Competência Des. Milton Fernandes de Souza – Julgamento: 07/06/2016 – Quinta Câmara Cível*

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FAZENDÁRIO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO. POSSIBILIDADE. **1-Não obstante o enunciado nº 14 do Aviso Conjunto do TJ/COJES, tratando-se especificamente de litisconsórcio necessário com pessoas jurídicas de direito público, revela-se possível pessoas jurídicas de direito privado figurarem no polo passivo dos juizados. 2-Nesse sentido dispõe o enunciado nº 21 do FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais: “As pessoas físicas, jurídicas, de direito privado ou de direito público estadual ou municipal podem figurar no polo passivo, no caso de litisconsórcio necessário”.** (grifamos)

0075449-37.2015.8.19.0000 – *Conflito de Competência Des. Lindolpho Moraes Marinho – Julgamento: 16/02/2016 – Décima Sexta Câmara Cível*

PROCESSO CIVIL. FAZENDÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL. AÇÃO DE INTERESSE DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. COMPETÊNCIA FAZENDÁRIA ATRIBUÍDA AO JUÍZO DA 9ª VARA CÍVEL DESTA COMARCA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 141 C/C ART. 86 DO CODJERJ. EXISTÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA NESTE TRIBUNAL. IMPROCEDÊNCIA DO CONFLITO. A controvérsia reside na possibilidade de litisconsórcio entre as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado. Ao contrário do que alega o juízo suscitante, nos termos do art. 141 c/c o art. 86 do CODEJERJ, lhe foi atribuída a competência para processar e julgar as causas de natureza fazendária. **Uma das demandadas é pessoa jurídica de direito privado, destoando do estabelecido no artigo 5º, II, da Lei 12.153/09, acerca de quem pode ser parte perante o Juizado Especial da Fazenda Pública. Dessa forma, é impossível, à luz da legislação de regência, a formação de relação litisconsorcial passiva com**

terceiros que não os entes públicos enumerados no permissivo legal. Considerando que o caso em exame é de litisconsórcio passivo facultativo, a competência recai sobre o Juízo suscitante. Precedentes do TJERJ. Improcedência do conflito. (grifamos)

0059197-56.2015.8.19.0000 – Conflito de Competência Des. Myriam Medeiros – Julgamento: 09/12/2015 – Quarta Câmara Cível

Conflito negativo de competência entre o juízo da 10ª Vara de Fazenda Pública e o 1º Juizado Especial Fazendário. Discussão envolvendo a possibilidade de litisconsórcio entre as pessoas jurídicas de direito público elencadas no art. 5º, II, da Lei nº 12.153/09 e pessoas jurídicas de direito privado. De acordo com o enunciado nº 21 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) e enunciado nº 4 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, as pessoas jurídicas de direito privado podem figurar no polo passivo apenas no caso de litisconsórcio necessário com os entes públicos. **O enunciado nº 14 do Aviso Conjunto TJ/COJES nº 12/2015 veda a possibilidade de litisconsórcio, dispondo que as pessoas naturais e as pessoas jurídicas de direito privado não podem figurar no polo passivo de ações propostas perante o juizado da fazenda pública. No caso em exame, o Memorial Saúde figura no polo passivo em litisconsórcio facultativo com o Estado e o Município do Rio de Janeiro, o que não é possível no âmbito dos juizados fazendários.** Conflito julgado improcedente para declarar a competência do juízo suscitante. (grifamos)

Seguem abaixo acórdãos que permitem o litisconsorte passivo no Juizado Fazendário sem fazer diferença entre necessário ou simples:

0070439-12.2015.8.19.0000 – Agravo de Instrumento Des. Fernando Foch Lemos – Julgamento: 30/03/2016 – Terceira Câmara Cível

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. Agravo de instrumento de decisão que, nos autos da cognitiva ajuizada em face do ente municipal, do DETRAN/RJ e de pessoa física, declinou da competência para um dos juizados especiais fazendários. 1. A competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é absoluta, limitada pelo valor da causa, que não pode exceder a sessenta salários mínimos, conforme

o artigo 2º, *caput*, da Lei 12.153/09, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Precedentes desta e. Corte de Justiça. 2. **Prevalência da Lei Federal 12.153/09 e da Lei Estadual 5.781/10, que estabelecem a competência absoluta do Juizado Especial Fazendário, sem fazer qualquer vedação quanto à viabilidade de litisconsórcio passivo entre o ente público e pessoas físicas ou jurídicas.** 3. Precedentes desta e. Corte de Justiça. 4. Recurso ao qual se nega provimento, na forma do art. 932, IV, do CPC/15. (grifamos)

0067047-64.2015.8.19.0000 – *Agravo de Instrumento Des. Luciano Rinaldi – Julgamento: 12/02/2016 – Sétima Câmara Cível*

Agravo de instrumento – Ação declaratória c/c obrigação de fazer ajuizada em face do Município do Rio de Janeiro, do DETRAN/RJ e de pessoa física. Decisão agravada que declinou da competência em favor de uma das varas do Juizado Especial da Fazenda Pública – Valor atribuído à causa que não ultrapassa o limite legal de 60 (sessenta) salários mínimos – **Prevalência da Lei Federal nº 12.153/2009 e da Lei Estadual nº 5.781/2010, que estabelecem a competência absoluta do Juizado Especial Fazendário, sem fazer qualquer vedação quanto à viabilidade de litisconsórcio passivo entre o ente público e pessoas físicas ou jurídicas – Manutenção da decisão agravada** – Negativa de seguimento do recurso, na forma do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

1.2.4 Da denegação de justiça que está ocorrendo nos casos semelhantes ao presente

Cumprir informar que existe grande divergência a respeito da competência nos Juizados Fazendários e nas Varas Fazendárias.

Os juízes dos Juizados entendem que, quando há pessoa física ou jurídica de direito privado no polo passivo da demanda, a competência não é do Juizado, em razão do enunciado 14 do TJ/COJES.

Já os juízes das Varas Fazendárias entendem o inverso, declinando de vários processos para o Juizado, mesmo quando haja pessoa física ou jurídica no polo passivo.

Por vezes, alguns juízes do Juizado declinam de novo para o Juízo da Vara Fazendária, outras vezes extinguem o processo, pois entendem que no âmbito do Juizado não cabe o declínio, mas sim a extinção.

A parte então recorre para a Turma Recursal, que tem o mesmo entendimento dos juízes com base no enunciado 14 do COJES/TJ.

Ou seja, mantém a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Então a parte tem que propor outra demanda, mas se for propor na Vara Fazendária ela cairá no mesmo juiz, que tomará a mesma providência, ou seja, o declínio de competência, o que ocasionará ao final do processo sua extinção sem julgamento do mérito, pois este é o entendimento prevalente no Juizado Fazendário.

Verifica-se, assim, que a parte fica sem a sua pretensão ser analisada pelo Judiciário.

Cabe ainda salientar que, quando o juiz da Vara Fazendária declina de sua competência, de acordo com o novo CPC não cabe mais recurso, conforme se infere da ementa abaixo:

*0045555-79.2016.8.19.0000 – Agravo de Instrumento
Des. Maria Helena P. Machado – Julgamento: 06/09/2016
– Quarta Câmara Cível*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA PARA JUIZADO ESPECIAL FAZENDÁRIO. DECISÃO QUE NÃO SE INCLUI NO ROL ESTABELECIDO PELO ART. 1.015 DO CPC/2015. HIPÓTESE DE INADMISSIBILIDADE RECURSAL. Agravante que se insurge em face de decisão que declinou de ofício da competência em favor de um dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Capital, por entender que não há óbice à realização de exame técnico perante aquele órgão, diante do disposto no art. 10, da Lei nº 12.153/09. Decisão interlocutória que não se inclui no rol estabelecido pelo art. 1.015 do CPC/2015, para admissão do agravo de instrumento, não podendo ser ampliado sem justificativa relevante. Precedentes desta Corte de Justiça. Recurso não conhecido, na forma do artigo 932, III, do CPC/2015. (grifamos)

O TJ/RJ também vem entendendo que não cabe mandado de segurança nestes casos, senão vejamos:

*Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito – Julgamento:
20/07/2016 – Décima Sexta Câmara Cível*

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO QUE DECLINOU DE COMPETÊNCIA DE OFÍCIO PARA UM DOS JUIZADOS ESPECIAIS FAZENDÁRIOS. AÇÃO DE REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE. DECISÃO QUE SE SUJEITA AO NOVO REGIME RECURSAL DO CPC/15 E NÃO DESAFIA AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÕES DE QUE O BENEFÍCIO ECONÔMICO PRETENDIDO SUPERA O VALOR DE ALÇADA E DE QUE É NECESSÁRIA A PRODUÇÃO DE PROVAS. 1-Nos termos do Verbete 267 da Súmula do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato

judicial passível de recurso ou correção”. 2-Novo regime recursal do CPC (Lei 13.105/15) que restringiu as hipóteses de agravo de instrumento ao rol do seu art. 1.015, o qual não contempla o declínio de competência. Opção expressa do legislador em solucionar eventual controvérsia por meio de conflito de competência, adiando para a fase de apelação – ou, no caso, para a fase de recurso inominado – a discussão acerca de questões interlocutórias contra as quais se insurjam as partes.

3- A celeridade pretendida pela parte não justifica nem possibilita a abertura da via mandamental para discutir antecipadamente matéria que foi claramente reservada para outras vias, pena de se utilizar o remédio constitucional como substituto recursal e esvaziar por completo o sentido do novo regime instituído pelo CPC/15. 4-Indeferimento da inicial na forma do art. 10 da Lei 12.016/09. (grifamos)

Por outro lado, como dito acima, os juízes do Juizado via de regra extinguem o processo sem julgamento do mérito no caso de incompetência, o que inviabiliza a instauração do declínio.

Diante disto, a parte fica inviabilizada de levar sua pretensão de solucionar o conflito de competência ao TJ/RJ, que é o órgão com competência para dirimir a controvérsia.

Logo, a relevância da questão é gritante.

2. DO MÉRITO

O suscitante propôs demanda em face do (.....), Detran, Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro, perante o Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública, objetivando a transferência das multas, respectiva pontuação e propriedade automóvel para o primeiro demandado. (Inicial e documentos que a instruíram em anexo)

Contudo, o mencionado Juízo declinou de sua competência para o Juizado Fazendário, sob o seguinte argumento:

Da análise dos fatos, fundamento jurídico e valor da causa indicados na petição inicial, constata-se a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. Portanto, considerando que a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é absoluta, a teor do artigo 2º, § 4º da Lei 12.153/2010 c/c artigo 16 da Lei Estadual 5.781/2010, declino da competência em favor de um dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Capital a que couber o feito, por distribuição. Dê-se baixa e redistribua-se. Rio de Janeiro, 16/11/2015. Eduardo Antonio Klausner – Juiz Titular. (decisão em anexo)

O processo fora distribuído ao 2º Juizado Fazendário, que entendeu que o Juízo competente é o da Vara de Fazenda Pública, em razão do que dispõe o Enunciado 14 dos Juizados Fazendários, determinando a devolução dos autos.

Segue abaixo a decisão do Juizado Fazendário:

Trata-se de ação de movida por (.....) em face do Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro, Município do Rio de Janeiro e (.....). Dispõe o Enunciado nº 14 publicado no Aviso Conjunto TJ nº 12/2015, que trata dos Enunciados aprovados em reuniões conjuntas dos Juízes de Direito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e da Turma Recursal Fazendária: “As pessoas naturais e as pessoas jurídicas de direito privado não podem figurar no polo passivo de ações propostas no Juizado da Fazenda Pública, ainda que em litisconsórcio com as pessoas elencadas no artigo 5º, inciso II da Lei 12.153/2009.” Assim, atendendo à solicitação da parte autora e por entender que os Juizados Fazendários são incompetentes para a propositura da ação, dê-se baixa e devolva-se ao Juízo declinante para o que entender de direito. (Decisão em anexo)

Resta evidente o conflito de competência entre os dois Juízos, sendo necessário que o mesmo seja dirimido.

3. DOS REQUERIMENTOS

Destarte, REQUER seja o presente incidente remetido ao órgão com competência para julgar o Incidente de Assunção de Competência, sendo ao final decidido qual a tese que deve prevalecer sobre a competência dos Juizados Fazendários para julgar processos em que figuram como litisconsorte no polo passivo, juntamente com ente público, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, criando o desejado efeito vinculante para pôr fim à insegurança jurídica reinante.

Rio de Janeiro, (.....).

Adolfo Filgueiras Etienne
Defensor Público

REQUERIMENTO DE ASSUNÇÃO AO POLO ATIVO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Beatriz Carvalho de Araujo Cunha

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo: Trata-se de petição na qual a Defensoria Pública requer a assunção ao polo ativo de uma ação civil pública, enquanto legitimada extraordinária, após negativa do Ministério Público em dar continuidade à demanda. O caso em tela relaciona-se com o fato de a instituição ser expressão e instrumento do regime democrático, com a aplicabilidade dos direitos fundamentais às entidades privadas e à possibilidade incondicionada de aditamento da inicial após apresentação de contestação pelo réu.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Ação Civil Pública. Eficácia horizontal.

Juízo de Direito da Vara Única da Comarca (...), RJ.

Processo (.....)

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, instituição essencial à justiça (art. 134, *caput*, da CRFB; art. 1.º, *caput*, da LC n.º 80/1994; e art. 1.º, *caput*, da LC Estadual n.º 06/1977), vem, apresentada pela defensora pública abaixo assinada, em atenção ao despacho de fl. 177, apresentar **Requerimento de Assunção ao Polo Ativo da Ação Civil Pública** acima epigrafada, movida, a princípio, pelo Ministério Público do Trabalho em face do **Sindicato dos Funcionários Públicos do Município (...)**, já qualificado à fl. 06, pelos fatos e fundamentos a seguir.

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública movida, a princípio, pelo Ministério Público do Trabalho em face do Sindicato dos Funcionários Públicos do Município (.....), cujo objeto é que o Réu seja compelido a proceder, no prazo de 60 (sessenta) dias, a nova redação à cláusula 38 do seu estatuto, de forma que as comissões eleitorais passem a ser compostas, exclusivamente, por integrantes filiados ao referido sindicato.

Em breve síntese, narra o Ministério Público do Trabalho, em sua exordial, que ocorreram uma série de irregularidades no processo eleitoral da Presidência do Sindicato Réu no ano de 2013, realizadas com o fito de facilitar a recondução da então Presidente, Sr.^a (.....).

De início, segundo o *Parquet* do Trabalho, a Presidente compôs a comissão eleitoral com pessoas destinadas a favorecê-la, sendo que algumas, inclusive, sequer eram filiadas ao Sindicato Réu.

Após, foi designada assembleia geral com a finalidade de alterar as normas do estatuto do Sindicato Réu que tratavam sobre o processo eleitoral, sem que tenha sido conferida a devida publicidade à data e ao horário de sua realização, tendo havido publicação em jornal de circulação estadual (e não local) há poucos dias da sua ocorrência.

Realizada a assembleia geral, foi aprovada a redução do prazo de inscrição de chapas para as eleições de 20 (vinte) para 05 (cinco) dias, bem como a criação da recondução de chapa única em caso de ausência de inscrição de chapas concorrentes.

De forma semelhante, a instauração do processo eleitoral respectivo e, posteriormente, a abertura do prazo de inscrição das chapas concorrentes foram realizadas sem que tenha sido conferida a devida publicidade aos interessados.

Ainda segundo o Ministério Público do Trabalho, tal fato ensejou a inscrição de apenas uma única chapa, qual seja, a da Sr.^a (.....), então Presidente do Sindicato Réu, razão pela qual ocorreu a sua recondução ao cargo, tendo em vista a norma do estatuto que autorizava tal procedimento em caso de ausência de chapas concorrentes, produto de recente alteração, como visto.

Às fls. 25/74, tem-se os documentos que instruem a petição inicial.

Às fls. 119/124, tem-se contestação apresentada pelo Sindicato Réu, arguindo, em síntese, a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a demanda; e, no mérito, que a alteração da cláusula do estatuto culminará violação à autonomia e à liberdade sindicais.

Às fls. 154/156, tem-se sentença que acolheu a preliminar apresentada pelo Sindicato Réu e declarou a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a demanda, sob o fundamento de que a relação jurídica em pauta é de direito administrativo, por envolver servidores públicos municipais com vínculo estatutário, pelo que deve ser processada junto à Justiça Estadual.

Às fls. 172/175, tem-se parecer do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pugnano pela extinção do feito sem resolução do mérito, sob o argumento de que: (i) não se aplica o art. 5.º, § 3.º, da Lei n.º 7.347/1985, já que não se está diante de polo ativo ocupado por *associação*, tampouco de *desistência* nem *abandono*; e (ii) há vício na peça inaugural, tendo em vista que foi pleiteada a alteração de cláusula do estatuto de associação sindical, e não a perquirição de eventual prática de ato de improbidade administrativa.

À fl. 177, esse Juízo determinou a intimação dos demais legitimados para propositura de ações civis públicas para se manifestar sobre o interesse em assumir o polo ativo da demanda.

É o relatório.

2. DA VIABILIDADE JURÍDICA DA ASSUNÇÃO DO POLO ATIVO

De início, há que se demonstrar que, em que pese o parecer ministerial de fls. 172/175, é plenamente viável juridicamente a assunção do polo ativo, sob o ponto de vista do Direito Processual Civil contemporâneo.

2.1 Do rol exemplificativo do art. 5.º, § 3.º, da Lei n.º 7.347/1985. Do formalismo valorativo e do princípio da primazia do mérito. Do art. 9.º da Lei n.º 4.717/1965. Do microsistema da tutela coletiva e do diálogo das fontes

O Ministério Público, às fls. 172/175, afirmou que não poderia assumir o polo ativo desta demanda, por não se aplicar, ao caso em tela, o art. 5.º, § 3.º, da Lei n.º 7.347/1985.

Ocorre que, com a devida vênia, o entendimento restou equivocado. Nesse sentido, convém transcrever o dispositivo legal em pauta:

Art. 5.º. (...) § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Com efeito, segundo a literalidade do art. 5.º, § 3.º, da Lei n.º 7.347/1985, os legitimados para propositura de ações coletivas devem assumir o polo ativo em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada.

Percebe-se, pois, que a *ratio* do dispositivo é o **Princípio da Disponibilidade Motivada da Demanda Coletiva**, alicerce do microsistema da tutela coletiva que parte da premissa de que os interesses em pauta nas ações coletivas possuem relevância social, pelo que não é possível abdicar da pretensão sem que haja uma razão plausível para tanto.

Assim, tendo em vista que tal dispositivo legal busca efetivar um dos alicerces indispensáveis à tutela coletiva, a doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando no sentido de que, para que haja a assunção do polo ativo, não é preciso que exista, exatamente, a desistência infundada ou o abandono da ação por uma associação legitimada.

Interpreta-se, portanto, que o rol do dispositivo é meramente exemplificativo, de forma que é possível a assunção do polo ativo em toda e qualquer hipótese em que o legitimado extraordinário em questão deixar de atuar na demanda.

Cuida-se de hermenêutica que melhor se adequa ao Direito Processual Civil Contemporâneo, que é fundado em um sistema estruturado, cujo ápice é ocupado pela Constituição da República, a qual impõe que a exigência da forma se adequa às diretrizes do processo democrático.

A esse fenômeno, dá-se o nome de **Formalismo Valorativo**, “exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”¹, reforçando-se os Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório, da Cooperação, da Moralidade e da Boa-Fé Processual.

Isso significa dizer que se deve compreender o processo como um *instrumento* para obtenção da tutela do direito material, conferindo, àquele, efetividade, o que se nota, por exemplo, mediante a adoção, pelo Novo Código

¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 47.

de Processo Civil do **Princípio da Primazia do Mérito** (arts. 4.º, 488 e 282, § 2.º, do NCPC).

Com efeito, com a devida vênia, não há o menor sentido que este feito seja extinto sem resolução do mérito, apesar de toda a documentação acostada à exordial, em razão de um aspecto eminentemente processual, qual seja, a impossibilidade de aplicação do art. 5.º, § 3.º, da Lei n.º 7.347/1985 única e exclusivamente porque não se está diante de associação nem de desistência infundada tampouco abandono.

Ora, viola, sobremaneira, o **Princípio da Eficiência** (art. 8.º do NCPC) que se pretenda a extinção deste feito para que, posteriormente, seja instaurado novo inquérito civil, seja confeccionada nova petição inicial, seja ela distribuída, seja a parte ré citada e seja dado prosseguimento ao feito se já existe um procedimento em andamento com o mesmo objeto material.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem que o art. 5.º, § 3.º, da Lei n.º 7.347/1985 deve ser aplicado mesmo quando o polo ativo não estiver sendo ocupado por uma associação:

A lei cuida apenas de abandono pela associação legitimada, mas se autoriza a interpretação extensiva: o abandono por qualquer colegitimado coletivo deve implicar sucessão processual, e não extinção do processo sem exame do mérito.

(...)

Conforme já se defendeu em relação ao abandono, embora o legislador se refira apenas às associações, a interpretação correta do dispositivo deve estender a sua aplicação à desistência infundada de qualquer colegitimado ativo.²

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, vem aplicando o dispositivo quando, apesar de inexistir abandono ou desistência, houver vício de representação da associação que originariamente ajuizou a ação coletiva, valendo transcrever trecho do informativo de jurisprudência no qual o acórdão foi noticiado, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INGRESSO DO MP EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA HIPÓTESE DE VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO AUTORA.

Na ação civil pública, reconhecido o vício na representação processual da associação autora, deve-se, antes de proceder à extinção do processo, conferir oportunidade ao Ministério Público para que assum a titularidade ativa da demanda. Isso porque as ações coletivas trazem em seu bojo a **ideia de indisponibilidade do interesse público, de modo que o art.**

² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 360-361.

13 do CPC deve ser interpretado em consonância com o art. 5º, § 3º, da Lei 7.347/1985. Precedente citado: REsp 855.181-SC, Segunda Turma, DJe 18/9/2009. (STJ, REsp 1.372.593-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 7/5/2013, Segunda Turma, Informativo n.º 524 - grifamos)

Posteriormente, o entendimento ainda foi reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça em outro julgado, *in verbis*:

(...) 1. Em linha de princípio, afigura-se possível que o Ministério Público ou outro legitimado, que necessariamente guarde uma representatividade adequada com os interesses discutidos na ação, assumo, no curso do processo coletivo (inclusive com a demanda já estabilizada, como no caso dos autos), a titularidade do polo ativo da lide, possibilidade, é certo, que não se restringe às hipóteses de desistência infundada ou de abandono da causa, mencionadas a título exemplificativo pelo legislador (*numerus apertus*).

2 Justamente por envolver interesses essencialmente ou acidentalmente coletivos (assim nominados, na lição de José Carlos Barbosa Moreira, in Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos) - nos quais se constata a magnitude dos bens jurídicos envolvidos, com assento constitucional; a peculiar e considerável dimensão das correlatas lesões; e a inerente repercussão destas na esfera jurídica de um elevado número de pessoas - a resolução dos conflitos daí advindos, por meio do processo coletivo, consubstancia, a um só tempo, destacada atuação do poder jurisdicional na distribuição de justiça social e nas políticas sociais do Estado, bem como verdadeiro anseio da sociedade.

2.1 Ante a natureza e a relevância pública dos interesses tutelados no bojo de uma ação coletiva, de inequívoca repercussão social, ressaí evidenciado que os legitimados para promover a ação coletiva não podem proceder a atos de disposição material e/ou formal dos direitos ali discutidos, inclusive porque deles não são titulares.

2.2 No âmbito do processo coletivo, vigora o princípio da indisponibilidade (temperada) da demanda coletiva, seja no tocante ao ajuizamento ou à continuidade do feito, com reflexo direto em relação ao Ministério Público que, institucionalmente, tem o dever de agir sempre que presente o interesse social (naturalmente, sem prejuízo de uma ponderada avaliação sobre a conveniência e, mesmo, sobre possível temeridade em que posta a ação), e, indiretamente, aos demais colegitimados. Como especialização do princípio da instrumentalidade das formas,

o processo coletivo é também norteado pelo princípio da primazia do conhecimento do mérito, em que este (o processo) somente atingirá sua função instrumental-finalística se houver o efetivo equacionamento de mérito do conflito. (...)

(STJ, REsp 1405697 / MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 17/09/2015, DJe 08/10/2015, REVPRO vol. 250 p. 491, RIP vol. 94 p. 199.)

Por fim, há que se atentar que o art. 9.º da Lei da Ação Popular³ prevê exatamente que a sucessão processual é cabível em toda e qualquer hipótese em que houver vício capaz de extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Deve-se aplicar esse dispositivo ao caso em tela, em atenção à **Teoria dos Diálogos das Fontes**⁴, segundo a qual o *microssistema da tutela coletiva*⁵ deve ser interpretado não só pela ótica exclusiva da especialização, mas como um autêntico sistema cujos diplomas se inter-relacionam e interpenetram com o objetivo maior de harmonizá-los com a Constituição da República.

Com efeito, adotando-se uma hermenêutica neoconstitucionalista, em caso de conflito de leis que regulam as ações coletivas, não se deve utilizar os critérios tradicionais de solução de antinomias, mas o diálogo das fontes, o qual aplica os diplomas de forma simultânea e coordenada para efetivar o mandamento constitucional.

Tal diálogo restou, ainda, incrementado com a superveniência do novo Código de Processo Civil, ocasião a partir da qual o diploma processual civil deixou de ser objeto de aplicação meramente residual para passar a ser fonte normativa autêntica e eficácia direta, em razão de ter sido editado pressupondo a existência do microssistema de tutela coletiva e em razão de ter incorporado, a ele, novas normas jurídicas⁶.

³ Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

⁴ “O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: coordenação destas fontes. Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: a retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’, de uma só norma possível a ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar sua *ratio*, finalidade ‘narrada’ ou ‘comunicada em ambas’” MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: o diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 12, n. 45, jan./mar.2003, p. 74.

⁵ “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.” (STJ, REsp n.º 510.150-MA, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU de 29.03.2004, p. 173).

⁶ “Ou seja: o CPC-2015, diferentemente do CPC-1973, passou a dialogar de outra maneira com o microssistema do processo coletivo, seja porque o pressupõe expressamente, seja porque incorporou a esse microssistema novas normas jurídicas. A relação com o microssistema passou a ser de mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeto). A eficácia do CPC sobre esse microssistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 59.)

No caso em tela, portanto, adotando-se a hermenêutica que melhor se adequa aos comandos do Neoprocessualismo, em especial aos Princípios do Acesso à Justiça e da Primazia do Mérito, faz-se inevitável concluir que o art. 9.º da Lei da Ação Popular também é aplicável ao caso, por melhor efetivar o direito material e o formalismo valorativo, preferindo-se a análise do mérito em detrimento de uma sentença meramente terminativa.

Logo, verifica-se que não há qualquer óbice à assunção do polo ativo no caso em tela, na medida em que se deve interpretar o rol do art. 5.º, § 3.º, da Lei n.º 7.347/1985 como meramente exemplificativo e, ainda que assim não fosse, se pode aplicar o art. 9.º da Lei n.º 4.717/1965, em apreço ao diálogo das fontes, ao Neoprocessualismo e aos Princípios do Acesso à Justiça e da Primazia do Mérito.

2.2 Da inexistência de vício na peça inaugural. Da distinção entre a pretensão em tela e a pretensão de improbidade administrativa

Ademais, o Ministério Público, em sua manifestação de fls. 172/175, afirmou que não seria possível a assunção do polo ativo, porque há vício na peça inaugural, consistente no fato de não ter sido pleiteada a condenação por ato de improbidade administrativa, mas somente a alteração de cláusula do estatuto de associação sindical.

Todavia, com a devida vênia, não há qualquer vício na petição inicial já constante nos autos.

Isso porque a pretensão de condenação por ato de improbidade administrativa é completamente diversa da pretensão veiculada pelo Ministério Público do Trabalho no caso em tela.

A análise da exordial permite concluir que essa instituição, no exercício de sua conveniência e oportunidade decorrente da obrigatoriedade temperada de propositura de ação coletiva, entendeu que somente se fazia necessário o pleito de compelir o Sindicato Réu a alterar a cláusula do seu estatuto.

Com efeito, o fato de existirem indícios de ato de improbidade administrativa ou não pouco importa para se aferir se deve haver a assunção do polo ativo, já que se trata de pretensão diversa da veiculada na petição inicial.

Vale dizer: caso se entenda que existem indícios da prática de ato de improbidade administrativa, nada obsta que um dos legitimados para a propositura de tal ação (no que se incluem o Ministério Público e a Defensoria Pública), instaurem, se necessário, o procedimento administrativo investigativo e ajuízem a ação cabível, a qual tramitará de acordo com o rito previsto na Lei n.º 8.429/1992.

Caso, por outro lado, se entenda que não existem indícios da prática de ato de improbidade administrativa, nada obsta a continuidade deste procedimento, na medida em que, aqui, se está a analisar somente se deve haver a procedência do pedido ofertado, o qual, no caso, se limita à alteração da cláusula prevista no estatuto do Sindicato Réu.

Trata-se, portanto, de pretensões estanques, que não se confundem entre si, embora possuam certa correlação no que toca à causa de pedir.

Dessarte, não existe vício na peça inaugural, mas a ausência do pedido de condenação por ato de improbidade administrativa decorreu de simples exercício de conveniência e oportunidade por parte do Ministério Público do Trabalho, no exercício de sua obrigatoriedade temperada, pelo que não há qualquer óbice ao prosseguimento desta demanda, sem prejuízo de posterior propositura de ação de improbidade administrativa pelos legitimados extraordinários.

3. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Assentada a viabilidade jurídica da assunção do polo ativo, é certo que existe legitimidade ativa da Defensoria Pública para dar prosseguimento ao feito, nos termos do art. 134, *caput*, da Constituição da República, do art. 5.º, II, da Lei n.º 7.347/1985, dos arts. 1.º, *caput*, e 4.º, VII, VIII, da LC n.º 80/1994, e dos arts. 1.º, 139, X, 185 e 554, § 1.º, do novo Código de Processo Civil.

Trata-se de tema que foi, recentemente, analisado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 39437, ocasião em que se concluiu pela compatibilidade constitucional do art. 5.º, II, da Lei n.º 7.347/1985, já que busca efetivar o acesso à justiça enquanto componente do núcleo essencial da dignidade humana⁸ e promover políticas públicas diante das omissões estatais, como reação à insuficiência dos modelos judiciários convencionais.

Naquela oportunidade, prosseguiu a Ministra Cármen Lúcia frisando que a pertinência entre o ajuizamento da ação civil pública e a legitimidade da Defensoria Pública limita-se à verificação do enquadramento do caso às funções institucionais, sendo impertinente eventual restrição quanto ao aspecto econômico dos interessados coletivos, *in verbis*:

Estaria, pois, limitada a atuação da Defensoria Pública às demandas individuais dos necessitados, únicas em que se poderia demonstrar a insuficiência de recursos exigida no art. 5º inc. LXXIV, da Constituição da República?

O art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição estabelece: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

⁷ Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. II, da Lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da Lei n. 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *stricto sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria Pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública. Ação julgada improcedente. (STF, ADI 3943 / DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 07/05/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-154, divulg. 05-08-2015, public. 06-08-2015).

⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 325-327/330.

(...)

A interpretação sugerida pela Autora desta ação tolhe, sem razões de ordem jurídica, a possibilidade de utilização de importante instrumento processual (a ação civil pública) capaz de garantir a efetividade de direitos fundamentais de pobres e ricos a partir de iniciativa processual da Defensoria Pública.

No caso em pauta, há de assentar este **Supremo Tribunal interpretação que, a um só tempo, “potencialize a defesa dos necessitados e (...) minimize as hipóteses de restrição dessa mesma atuação” (fl. 549, manifestação da Advocacia-Geral da União), em nome da denominada eficácia ótima da Constituição** (SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro.” In: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 213-253).

(...)

Não se está a afirmar a desnecessidade de observar a Defensoria Pública o preceito do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição, reiterado no art. 134 (antes e depois da Emenda Constitucional n. 80/2014). No exercício de sua atribuição constitucional, deve-se sempre averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a instituição protege com os possíveis beneficiários de quaisquer das ações ajuizadas, mesmo em ação civil pública.

À luz dos princípios orientadores da interpretação dos direitos fundamentais, acentuados nas manifestações do Congresso Nacional, da Advocacia-Geral da União e da Presidência da República, **a presunção de que, no rol dos afetados pelos resultados da ação coletiva, constem pessoas necessitadas é suficiente a justificar a legitimidade da Defensoria Pública, para não “esvaziar, totalmente, as finalidades que originaram a Defensoria Pública como função essencial à Justiça”** (fl. 550, manifestação da Advocacia-Geral da União).

Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública (conforme determina a Lei n. 7.347/1985) parece-me incondizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente

e essencial à função jurisdicional do Estado, menos ainda com a norma do art. 3º da Constituição da República:

(...)

Para consecução desses objetivos, **“a melhor interpretação que se pode dar a qualquer direito ligado ao acesso à justiça é aquela que não cria obstáculo à sua efetivação. Que o torne elástico a ponto de alcançar o maior número de pessoas possíveis; que solucione os conflitos de massa da sociedade moderna”** (NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. “A nova Defensoria Pública e o Direito Fundamental de acesso à Justiça em uma neo-hermenêutica da hipossuficiência.” *Repertório de Jurisprudência da IOB. V. III. Civil, Processual Civil, Penal e Comercial.* Jan. 2011. p. 29). (grifamos)⁹

Com efeito, a Defensoria Pública possui ampla legitimação para defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, tratando-se de verdadeira função classicamente denominada de atípica, por ser o fator econômico irrelevante quando diante de hipótese de defesa de pessoas e/ou valores¹⁰ abrangidos pela atuação institucional.

Cuida-se de hermenêutica que vem há muito sendo defendida pela doutrina institucional de Franklyn Roger e Diogo Esteves:

A tutela coletiva não pode ser restrita à hipossuficiência econômica dos indivíduos como pressuposto para a atuação da Defensoria Pública. Sabe-se que as funções institucionais da Defensoria Pública podem ou não estar relacionadas às condições econômicas dos assistidos, conforme já analisado ao longo da obra.

Nesse passo, a defesa dos interesses difusos e coletivos enquadra-se como verdadeira função atípica da Defensoria Pública, em razão da desvinculação da situação econômica dos beneficiários. (...)

Não se pode admitir uma interpretação fechada do texto constitucional, principalmente no que versam as normas que estabelecem princípios, a exemplo dos arts. 5º, LXXIV, e 134. A hipossuficiência não é encarada apenas do ponto de vista econômico, mas reflete a ausência de compreensão técnica e educacional somada a fatores de ordem econômica e social, gerando uma desvantagem – desequilíbrio nas relações sociais.

⁹ Voto da Min. Cármen Lúcia na ADI n.º 3943 / DF, Julgamento: 07/05/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-154, divulg. 05-08-2015, public. 06-08-2015. p. 35-43.

¹⁰ SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/2009 – a visão individualista a respeito da instituição? In: *Uma nova Defensoria Pública pede passagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 40.

É neste contexto que emerge a Defensoria Pública, como Instituição capaz de conferir assistência jurídica integral aos necessitados nas mais diferentes acepções, refletidos do ponto de vista difuso, coletivo ou individual homogêneo, independentemente da matéria versada (tutela do meio ambiente, patrimônio, etc.).¹¹

Fixada essa premissa, é evidente que o caso em tela possui forte pertinência com as funções institucionais da Defensoria Pública.

Isso porque, como visto, se está diante de hipótese em que há indícios de fraude na eleição para a Presidência do Sindicato Réu, tendo, aparentemente, ocorrido a prática de uma série de atos destinados a dificultar a inscrição de chapas concorrentes no procedimento eleitoral e a favorecer a recondução da então Presidente ao referido cargo.

Trata-se, pois, de matéria visceralmente relacionada ao perfil constitucional da Defensoria Pública, na medida em que se trata de instituição que é "*instrumento do regime democrático*" (art. 134, *caput*, da CRFB; art. 1.º da LC n.º 80/1994; e art. 1.º da LC Estadual n.º 06/1977).

Segundo a doutrina, ser instrumento do regime democrático significa que "no cumprimento de suas funções institucionais realiza os três princípios (ou valores) democráticos fundamentais – supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direitos –, potencializando a democracia"¹².

Nesse ponto, a hipótese dos autos relaciona-se, especialmente, com o Princípio da Supremacia da Vontade Popular, a partir do qual se extrai a importância de se assegurar participação efetiva no espaço público, proporcionando-se igualdade de manifestação a todos aqueles que serão possivelmente afetados por uma decisão.

Prestigia-se, então, a igualdade política como forma de permitir o livre confronto de opiniões com vistas ao alcance da melhor decisão, partindo da premissa de que supremacia da vontade popular também abarca o papel contramajoritário das instituições, impondo-se o respeito e a promoção às minorias.

No caso em tela, discute-se se houve desrespeito a esses valores democráticos, na medida em que há indícios de que houve tentativa de dificultar a inscrição de chapas concorrentes no processo eleitoral do Sindicato Réu, a fim de se permitir a recondução da então Presidente ao cargo.

Caso isso reste comprovado, logicamente, houve desrespeito não só à igualdade de participação, mas também à própria vedação à *ditadura da maioria*, compreendendo-se minoria não sob um aspecto somente quantitativo, mas enquanto qualquer grupo inferiorizado e dominado por outro que seja detentor de poder político, econômico e/ou social, como é, justamente, o caso dos interessados coletivos que restaram prejudicados neste caso.

¹¹ ROGER, Franklyn. ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 398-399.

¹² GONZÁLEZ, Pedro. A Definição Constitucional da Defensoria Pública como Expressão e Instrumento do Regime Democrático: Para Além de sua Função Simbólica. In: ALVES, Cleber Francisco. GONZÁLEZ, Pedro (org.). *Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 39.

Evidente, portanto, a relação desta demanda com a democracia e, por via reflexa, com as funções institucionais da Defensoria Pública.

Ademais, a pertinência também salta aos olhos ao se observar que os interessados coletivos são compostos por servidores públicos do Município (.....) associados ao Sindicato Réu.

Assim, cuida-se de grupo que abarca pessoas hipossuficientes econômicas¹³ e, portanto, vulneráveis, por haver certa parcela de indivíduos que auferem módica quantia como contraprestação à função exercida, tais como os interessados coletivos cujos contracheques se encontram acostados a esta petição e que compareceram em reunião no órgão de atuação da Defensoria Pública.

Verifica-se, pois, que a pertinência da atuação da instituição também decorre do fator pobreza enquanto causa de vulnerabilidade, sendo, frise-se, despiendo que todos os interessados coletivos sejam hipossuficientes econômicos, sob pena de esvaziamento da função institucional da Defensoria Pública e, por consequência, do próprio direito de acesso à ordem jurídica justa (art. 5.º, XXXV, da CRFB).

Logo, é a Defensoria Pública legitimada para ingressar no polo ativo desta ação civil pública, por se tratar de instituição essencial à justiça que é instrumento do regime democrático e por haver interessados coletivos hipossuficientes econômicos.

4. DA RÉPLICA AO MÉRITO DA CONTESTAÇÃO

Em breve síntese, no mérito, o Sindicato Réu, em sua contestação, alegou que não há que se falar em interferência na norma do seu Estatuto Social, tendo em vista que este fora elaborado no exercício do direito à autonomia e liberdade sindical.

Ocorre que, com a devida vênia, tal argumento não merece prosperar por si só, como se passa a demonstrar.

4.1 Do direito à livre associação sindical por servidores públicos. Do direito à autonomia sindical. Da aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às associações

A Constituição da República assegura, aos servidores públicos, o direito à livre associação sindical (art. 37, VI), isto é, a possibilidade de aderir ao sindicato representativo de sua categoria profissional.

Trata-se de inovação constitucional, haja vista que, anteriormente, vigorava o princípio da vedação à sindicalização de servidores do Estado, insculpido no art. 566 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Da mesma forma, a Convenção n.º 151 da Organização Internacional do Trabalho, recentemente ratificada pelo Estado Brasileiro, prevê que deve ser garantida proteção adequada aos “*empregados públicos*” – no que se incluem

¹³ Regras 3, 4, 15 e 16 das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-ver-sao-reduzida.pdf>>. Acesso em 30/06/2017.

os servidores públicos¹⁴, segundo o art. 1.º do Decreto n.º 7.944/2013 – contra todo ato de discriminação sindical (art. 4.º) e garante independência às organizações sindicais da categoria (art. 5.º), além de estimular o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação coletiva (art. 7.º e 8.º).

Como decorrência desse direito de associação sindical, passou-se a assegurar também a autonomia sindical, ou seja, a liberdade de os sindicatos se organizarem, elaborarem seus próprios estatutos, fazerem convenções coletivas de trabalho, elegerem a sua diretoria, exercerem a própria administração, dentre outros atos inerentes ao seu funcionamento (art. 8.º, I, da CRFB).

A autonomia sindical, assim, acaba por ser uma garantia do próprio sindicato e dos servidores públicos que o integram, a fim de resguardá-los de eventuais ingerências por parte do ente público em que exercem suas funções.

Ocorre que, como todo direito fundamental, a autonomia sindical não é absoluta, mas se submete a restrições quando em conflito com outros princípios e direitos igualmente fundamentais, sendo estes aplicáveis ao caso em tela por força da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Segundo ela, apesar de os direitos fundamentais terem sido instituídos para serem oponíveis em relação ao Estado, eles também podem ser exigidos de particulares, sem que isso enseje paternalismo estatal nem afete a autonomia privada e o pluralismo.

Cuida-se de teoria que surgiu no contexto do Estado Social, época em que se desmascarou a ficção de que todas as relações privadas envolvem pessoas *iguais, livres e autônomas* para passar a se compreender que, com a multiplicação das formas de organização privada, o Direito Privado também conhece o fenômeno da *autoridade* e do *poder*, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente ou de fato as decisões e o comportamento dos indivíduos.

Assim, reconhecido que o poder não se encontra concentrado somente nas mãos do Estado, mas disseminado por toda a sociedade, passou a ser impositiva a intervenção do Direito nas relações entre particulares, a fim de mitigar esse terreno fértil para a violação dos direitos fundamentais de indivíduos por outros indivíduos.

Com efeito, no caso em tela, apesar de se estar diante de pessoa jurídica de direito privado, pode-se exigir observância aos direitos fundamentais insculpidos na Carta da República de 1988, em atenção à referida teoria.

O tema já foi analisado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 158.215, no qual se analisava a conduta de determinada cooperativa ter expulsado dois cooperados, por deliberação da Assembleia Geral, sem garantir o direito à ampla defesa aos mesmos pelo simples fato de terem desafiado a cooperativa na imprensa local.

¹⁴ Art. 1.º do Decreto n.º 7.944/2013. Ficam promulgadas a Convenção n.º 151 e a Recomendação n.º 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978, anexas a este Decreto, com as seguintes declarações interpretativas:

I - a expressão “**peçoas empregadas pelas autoridades públicas**”, constante do **item 1 do Artigo 1 da Convenção n.º 151, abrange tanto os empregados públicos**, ingressos na Administração Pública mediante concurso público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, **quanto os servidores públicos no plano federal**, regidos pela Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, **e os servidores públicos nos âmbitos estadual e municipal**, regidos pela legislação específica de cada um desses entes federativos; (...). (grifamos)

Naquela ocasião, a Corte Constitucional reconheceu que as garantias do devido processo legal e da ampla defesa deveriam ser observadas pela cooperativa antes de expulsar os cooperados, tendo aplicado, portanto, direitos fundamentais no âmbito de relações privadas associativas.

De forma semelhante, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 201.819, debruçou-se com maior profundidade sobre tal problemática e decidiu que a expulsão do sócio de associação extrapola a mera liberdade de associar ou permanecer associado.

Nessa oportunidade, o Ministro Celso de Mello sustentou que a ordem constitucional brasileira não conferiu às associações civis a prerrogativa de agir à margem dos princípios inscritos nas leis e, em especial, os que têm fundamento no texto constitucional.

Verifica-se, pois, que o mesmo raciocínio deve ser empregado ao caso em tela, impondo-se que o Sindicato Réu observe os direitos fundamentais, não havendo que se falar em autonomia sindical absoluta quando em descompasso com os valores da Carta da República.

4.2 Da violação à democracia representativa. Do desrespeito à soberania popular e à participação igualitária

No caso em tela, se a instrução probatória demonstrar que as condutas do Sindicato Réu naquele ano de 2013 foram direcionadas a evitar a inscrição de chapas concorrentes e a proporcionar a recondução da então Presidente ao cargo, é certo que terá havido flagrante violação à ideia de democracia.

As Revoluções burguesas, ao darem fim ao Absolutismo e à concepção de *soberania da nação*, resgataram a noção de democracia da Grécia Antiga para retirar o poder das mãos exclusivas do Monarca, inaugurando-se o conceito de *soberania popular*.

O resgate, contudo, abandonou a ideia de democracia direta para inaugurar a noção de democracia representativa, buscando colocar o poder sob a ingerência de órgãos de representação popular.

Assim, a partir da importação do contrato de mandato do Direito Privado, criou-se a ficção jurídica da ideia de mandato eletivo, concebendo-se que o povo, quando elege alguém, lhe concede autorização para que aja em seu nome no processo político.

Avulta-se, então, a importância do direito ao voto e da representação, a fim de conferir legitimidade ao exercício do poder pelo Estado.

No caso em questão, caso se demonstre que as alterações no Estatuto Social do Sindicato Réu visaram, em última análise, à manutenção da então Presidente no poder do Sindicato Réu, estar-se-á diante de flagrante violação à concepção de democracia representativa.

Isso porque, ao se alterar as regras eleitorais de maneira casuística, impediu-se que a oposição ocupasse a Presidência, em verdadeiro uso ilegítimo do poder pelas maiorias (concebendo-se *maioria* sob o aspecto qualitativo), por terem manipulado as regras jurídicas para que lá se mantivessem.

Impediu-se, conseqüentemente, a própria alternância no poder, elemento intrínseco à democracia.

Ademais, a soberania popular, coração da democracia, tem como corolário a ideia de *igualdade de participação*, isto é, os cidadãos devem ter uma relativa igualdade de participação no processo político.

No caso em comento, não foi conferida igualdade de participação a todos nas eleições de 2013 no Sindicato Réu, na medida em que foi reduzido o prazo de inscrição das chapas concorrentes e não foi conferida adequada publicidade a essa mudança, tampouco ao termo inicial e final para candidatura e impugnação.

Com efeito, a deliberação política acabou por não refletir, necessariamente, a vontade da maioria dos associados do Sindicato Réu, mas de uma minoria bem articulada detentora do poder político, qual seja, a então administração liderada pela Presidente, Sr.^a (.....).

Assim, não basta que, simplesmente, sejam realizadas eleições e, em uma primeira análise, se respeite o princípio majoritário. Faz-se imprescindível que haja acatamento às regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos para garantir a participação igualitária do cidadão na esfera pública.

Nesse ponto, registre-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já julgou situação análoga no **Caso Yatama vs. Nicarágua**¹⁵, ocasião em que decidiu que a reforma eleitoral ocorrida na Nicarágua, em que pese incidente indistintamente sobre todos, acabou por afetar, de forma desproporcional, a comunidade indígena Yatama, inviabilizando-se a sua candidatura.

Nesse caso, a Corte Interamericana, então, entendeu que houve violação ao Princípio da Igualdade, na medida em que ocorreu uma discriminação indireta, aferida por meio da Teoria do Impacto Desproporcional¹⁶.

O mesmo se pode dizer no que se refere ao caso em tela: as alterações promovidas no Estatuto Social do Sindicato Réu, implementadas logo antes das eleições, e a consequente ausência de divulgação adequada das mesmas acabaram por inviabilizar a candidatura de eventuais chapas concorrentes.

Violou-se, pois, o Princípio da Igualdade (art. 5.º, *caput*, da CRFB), uma

¹⁵ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acesso em 30/06/2017.

¹⁶ O caso foi bem explicado pela doutrina: "A alteração da legislação eleitoral no Estado da Nicarágua exigiu a mudança de algumas condições de elegibilidade. Embora tais exigências não sejam ilegais, elas acabaram afetando as comunidades indígenas da região da Costa Atlântica da Nicarágua. Assim, as comunidades indígenas, que já estavam acostumadas, há mais de uma década, a concorrer por meio de Associação Popular, tiveram seu modelo costumeiro de participação política violado em razão das alterações legislativas. As comunidades indígenas foram afetadas de forma desproporcional, já que outros segmentos da população da Nicarágua foram pouco afetados pelas alterações legislativas, eis que não encontraram dificuldades em inscrever candidatos em 80% dos municípios, conforme determinou a alteração legislativa. Desse modo, a CortelDH entendeu que houve violação ao princípio da igualdade material, tendo em vista a *discriminação indireta* (ou *impacto desproporcional*) causada pela alteração da legislação eleitoral do Estado da Nicarágua. A discriminação aos povos indígenas pode ser encarada como indireta, tendo em vista que a mudança do diploma eleitoral regulou alterações em todo o Estado da Nicarágua e para todos os candidatos, modificando as regras eleitorais. Entretanto, os efeitos causados pela norma eleitoral causaram impactos desproporcionais apenas às comunidades indígenas, que já estavam acostumadas a se candidatar por meio de Associação Popular. Avaliou-se que não houve intenção do Governo da Nicarágua de prejudicar ou atingir especificamente um grupo de eleitores; as comunidades indígenas foram prejudicadas de forma colateral pela mudança na legislação eleitoral, o que caracterizaria a *discriminação indireta*." (PAIVA, Caio Cezar. HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 258-259.)

vez que as alterações, apesar de oponíveis a todos, ensejaram impacto desproporcional sobre aqueles que não se encontravam na administração do Sindicato Réu e que não tomaram conhecimento da modificação do prazo de inscrição das chapas e dos seus respectivos termos inicial e final.

Evidente, assim, que não se respeitou a ideia de participação igualitária no processo eleitoral, elemento indispensável à materialização da soberania popular efetiva, o que não se pode admitir, sob pena de desvanecimento do pluralismo e da tolerância, bem como criação de consequente campo fértil para o enraizamento de sistemas autoritários em uma sociedade que deveria ser ditada por valores democráticos.

Logo, impõe-se o cotejamento da autonomia sindical com esses valores democráticos, aplicáveis ao caso por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pelo que se afastam os argumentos colacionados na contestação apresentada pelo Sindicato Réu.

Não obstante o acima exposto, a Defensoria Pública reserva-se ao direito de aditar esta réplica após nova digitalização dos documentos provenientes da Justiça do Trabalho, considerando que a contestação encontra-se digitalizada somente em parte, havendo uma série de parágrafos suprimidos.

5. DO ADITAMENTO À PETIÇÃO INICIAL

5.1 Do cabimento do aditamento à petição inicial. Da desnecessidade de consentimento do Réu

A Defensoria Pública, por estar ingressando neste momento no feito, aproveita a oportunidade para proceder ao aditamento à petição inicial, incluindo novos pedidos, diversos daqueles que já se encontram na exordial apresentada pelo Ministério Público do Trabalho.

Trata-se de requerimento que, em um primeiro momento, pode parecer subordinado ao consentimento do réu, por já ter ocorrido a citação, à luz do que dispõe o art. 329, II, do novo Código de Processo Civil.

Ocorre que a doutrina vem arrolando algumas exceções à literalidade desse dispositivo, tal como a hipótese em que o novo pedido formulado for conexo ao pedido originário.

Isso porque, nesse caso, a rejeição ao aditamento da petição inicial implicará a propositura de nova demanda pela parte autora, a qual tramitará em conjunto com aquela que já está em curso, por força da impositiva reunião decorrente da conexão, nos termos do art. 55, § 1.º, do novo Código de Processo Civil.

Com efeito, é absolutamente irrazoável que se negue a possibilidade de aditamento à petição inicial quando a parte autora puder propor nova ação judicial pleiteando o mesmo e quando esta tramitará em conjunto com aquela que já está em curso.

Nada mais violador ao **Princípio da Eficiência** (art. 8.º do NCPC), versão contemporânea do Princípio da Economia Processual, que impõe o dever de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); e o dever de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*).

Ora, como se poderá ter um único processo discutindo aquela questão, não se pode exigir a propositura de uma nova demanda e, conseqüentemente, o transcurso de novo procedimento, sob pena de se escolher, justamente, o meio que produz mais efeitos negativos em relação ao resultado buscado.

Ainda, em casos como o presente, a negativa do Réu em consentir com o aditamento à petição inicial acabaria por violar, manifestamente, os **Princípios da Cooperação Processual**, que impõe que ambas as partes não coloquem entraves rumo à prestação da tutela jurisdicional e atuem de modo compatível com a lealdade; e da **Boa-fé Objetiva**, que veda o abuso do direito de defesa (arts. 5.º e 6.º do NCPC).

Sobre o cabimento do aditamento à petição inicial no caso em tela, tem-se o magistério de Fredie Didier Jr.:

Poderá o autor, contudo, aditar a petição inicial antes da citação, desde que arque com as despesas do aditamento (art. 329, I, do CPC).

Após a citação do réu e até o saneamento do processo, o autor pode aditar a demanda, desde que o réu consinta – há, aqui, um *negócio processual típico*: ampliação negociada do objeto litigioso do processo. Obviamente, garante-se ao réu o direito de defender-se em relação ao novo pedido (art. 329, II, CPC).

Há, porém, algumas ponderações que precisam ser feitas.

a) Se o novo pedido for conexo ao pedido originário, não há razão para impedir o aditamento, mesmo após o saneamento do processo. Isso porque, em razão da conexão, se o pedido for apresentado em demanda autônoma, os processos haveriam de ser reunidos por conexão, nos termos do art. 55, § 1º, CPC. (...)¹⁷ (grifamos)

Frise-se, por fim, que, no caso em tela, a desnecessidade de consentimento do réu para o aditamento à petição inicial salta ainda mais aos olhos, porque se está diante de demanda originária proposta junto à Justiça do Trabalho, na qual houve o declínio da competência em favor da Justiça Estadual.

Não há como se desconsiderar, então, que os pedidos que poderiam ser formulados pelo Ministério Público do Trabalho na Justiça do Trabalho são diversos daqueles que podem ser formulados na Justiça Estadual.

Da mesma forma, o procedimento que estava sendo adotado até então também era diverso, regulado pelo Direito Processual do Trabalho.

Não é à toa, portanto, que, em casos análogos no Direito Processual Penal, o Ministério Público Estadual pode ratificar ou não a denúncia originária apresentada pelo Ministério Público Federal, haja vista que este não tem atribuição para atuar junto à Justiça Estadual¹⁸.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 585.

¹⁸ STF, HC n.º 98.373-SP, Primeira Turma, julg. 06-04-2010, Rel. Min Ricardo Lewandowski, DJe-071, Divulg. 22-04-2010, Public. 23-04-2010.

Verifica-se, pois, ser impositivo o recebimento do aditamento à petição inicial, especificamente dos novos pedidos que serão veiculados ao final desta peça processual, oportunizando que a parte ré, querendo, ratifique a contestação já apresentada, em apreço aos Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e da Paridade de Armas.

5.2 Do aditamento à petição inicial propriamente dito

Para além do que já foi brilhantemente pleiteado pelo Ministério Público do Trabalho, faz-se necessário, também, que seja julgado procedente o pedido (i) para declarar a nulidade das alterações realizadas no ano de 2013 nas normas do Estatuto Social do Sindicato Réu que versam sobre o processo eleitoral; (ii) para declarar a nulidade do processo eleitoral de 2013 do Sindicato Réu; e (iii) para condená-lo ao pagamento de danos morais coletivos.

A declaração da nulidade das alterações realizadas, no ano de 2013, nas normas do Estatuto Social do Sindicato Réu que versam sobre o processo eleitoral será consequência lógica da comprovação de eventual déficit de publicidade conferido às assembleias gerais respectivas e de eventual desvio de finalidade por parte da administração.

Ora, caso se constate que as datas nas quais ocorreram tais assembleias gerais não foram, devidamente, informadas aos associados e que a intenção da administração do Sindicato Réu era, justamente, afastar a inscrição de chapas concorrentes com vistas à recondução da então Presidente, outra solução não há senão a declaração da nulidade, à luz do descompasso com o ordenamento jurídico pátrio, como exposto.

Ademais, a declaração da nulidade do processo eleitoral de 2013 da Presidência do Sindicato Réu também será consequência lógica da comprovação de que, nesse processo eleitoral, não foram observadas as regras previstas no Estatuto Social; de que não foi conferida publicidade adequada ao prazo de inscrição das chapas e ao prazo de impugnação da candidatura da chapa da Presidente; e de que o seu direcionamento ocorreu com vistas a dificultar a inscrição dos concorrentes e a facilitar a recondução da então Presidente.

Por fim, a condenação ao pagamento de danos morais coletivos será corolário da comprovação de que, meses antes da instauração das eleições, a Presidência do Sindicato Réu já estava atuando finalisticamente direcionada a impedir a inscrição de chapas concorrentes e a efetivar a recondução da sua Presidente.

Trata-se, portanto, de evidente ato ilícito, nos moldes da argumentação acima acerca da violação aos valores democráticos e à igualdade de participação, além de consistir em claro caso de desvio de finalidade.

Os danos causados por essa conduta em descompasso com o ordenamento jurídico saltam aos olhos, na medida em que foram omitidas informações dos associados, que os interessados foram impedidos de concorrer em igualdade de condições e que a deliberação política acabou por não refletir, necessariamente, a vontade dos mesmos.

Tratou-se, portanto, de evidente uso ilegítimo do poder pelas maiorias (concebendo-se *maioria* sob o aspecto qualitativo, detentora do poder político), por ter ocorrido a manipulação das regras jurídicas para que lá se mantivessem e para obstar a alternância no poder, elemento intrínseco à democracia.

Cuida-se, então, de hipótese de *dano social*, isto é, “aqueles que decorrem de conduta socialmente reprovável a ponto de causar uma espécie de rebaixamento no nível de vida da coletividade, o que pode se dar tanto no aspecto da redução do bem-estar de uma dada população como também por alguma sorte de perda financeira que lhe seja impingida. Envolvem, em suma, interesses difusos, com vítimas indeterminadas ou indetermináveis, ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I, do CDC), e reparação destinada a um fundo de proteção ao consumidor, ao meio ambiente etc., a critério do juiz”¹⁹, segundo a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça.

Diante disso, caracterizados os pressupostos da responsabilidade civil, impõe-se a condenação do Sindicato Réu ao pagamento de indenização pelos danos sociais sofridos, em valor a ser revertido para fundo especial criado para capacitação profissional dos agentes públicos do Município (.....) associados.

6. DA IMPOSITIVA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA CAUTELAR

Objetivando assegurar a efetividade do processo, faz-se necessária a concessão de tutela de urgência de natureza cautelar para que o Sindicato Réu seja compelido a apresentar (i) relação de todos os associados e integrantes da administração do Sindicato Réu no ano de 2013 até a presente data, indicando o nome, endereço, telefone e, se possível, endereço de correio eletrônico de cada um deles; e (ii) relação de quem eram os candidatos habilitados ao voto e de quem votou efetivamente nas eleições para a Presidência do Sindicato Réu no ano de 2013.

Estão presentes os requisitos para tanto, quais sejam, a probabilidade do direito alegado e o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do NCPC).

A probabilidade do direito pode ser extraída a partir dos próprios elementos de convicção que deram ensejo ao prosseguimento desta demanda, como explanado no tópico acima.

Como visto, é de se desconfiar que:

- (i) meses antes de ocorrerem as eleições no ano de 2013, tenha havido a alteração do Estatuto Social do Sindicato Réu justamente para reduzir o prazo de inscrição das chapas e para estabelecer a recondução em caso de chapa única;
- (ii) logo após, somente houve a inscrição da chapa da então Presidente e, em virtude disso, ocorreu a sua recondução, o que somente foi viabilizado por meio da recém-alteração realizada no Estatuto Social;
- (iii) tenham sido nomeadas pessoas que não eram servidores públicos, tampouco associados ao Sindicato Réu para integrar a Comissão Eleitora;
- (iv) o Sindicato Réu escolheu o Jornal *O Dia* para veicular publicações sobre o processo eleitoral, veículo de comunicação que não possui tanta circulação no Sul Fluminense;

¹⁹ Inteiro teor do voto do Relator Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos proferido na Apelação Cível n.º 0198586-29.2010.8.19.0001, julgada em 17/02/2016 pela 2.ª Câmara Cível do TJRJ.

- (v) não tenha havido inscrição de chapas concorrentes, em que pese a insatisfação de uma série de associados com a Presidência; e
- (vi) uma série de associados compareceu à sede do sindicato Réu no dia 02/12/2013 para votar, dia em que, inclusive, já se havia decidido, inclusive, sobre a recondução da então Presidente ao cargo, evidenciando que nada sabiam sobre o processo eleitoral em curso.

O risco ao resultado útil do processo, por sua vez, decorre do fato de que tais informações são necessárias para que tais pessoas sejam convocadas para comparecer à audiência pública imprescindível para o deslinde da controvérsia e, a depender do caso, para que tais pessoas sejam, posteriormente, arroladas como testemunhas pela parte autora.

7. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer a V. Ex.^a:

- (i) seja deferida a assunção da Defensoria Pública no polo ativo desta ação civil pública;
- (ii) seja deferida **tutela de urgência cautelar** para determinar que o Sindicato Réu exiba os seguintes documentos:
 - (a) relação de todos os associados e integrantes da administração do Sindicato Réu no ano de 2013 até a presente data, indicando o nome, endereço, telefone e, se possível, endereço de correio eletrônico de cada um deles; e
 - (b) relação de quem eram os candidatos habilitados ao voto e de quem votou efetivamente nas eleições para a Presidência do Sindicato Réu no ano de 2013;
- (iii) seja o Ministério Público intimado para atuar no feito como fiscal da ordem jurídica (art. 5.º, § 1.º, da Lei n.º 7.347/1985);
- (iv) seja designada audiência pública com **urgência**, a ser divulgada mediante aviso convocando os interessados e eventuais entidades que desejem atuar como *amicus curiae*, a ser afixado na sede do Sindicato Réu; em jornal de circulação no Município (.....) e em jornal de circulação no Sul Fluminense; em todos os postos de trabalho de agentes públicos vinculados ao Município (.....); e enviado por correspondência destinada a todos os associados do Sindicato Réu e integrantes da sua administração desde janeiro de 2013 até a presente data;
- (v) seja determinada nova digitalização integral dos autos encaminhados pela Justiça do Trabalho e, após, seja aberta vista dos autos à Defensoria Pública para que, querendo, adite esta peça;
- (vi) após, seja recebido o aditamento à petição inicial oferecido e seja

a parte ré intimada para, querendo, aditar a sua contestação, caso em que, depois, deverá ser aberta nova vista à Defensoria Pública para réplica;

- (vii) seja deferida a produção de todas as provas admitidas em direito, em especial, documental suplementar e depoimento pessoal da Presidente do Sindicato Réu, Sr.^a (.....), dos integrantes da Diretoria do Sindicato Réu no ano de 2013 e dos integrantes da Comissão Eleitoral no mesmo ano, sem prejuízo de posterior indicação de novos nomes após a realização da referida audiência pública;
- (viii) seja determinada a exibição dos seguintes documentos pelo Sindicato Réu:
- a) histórico de alteração do Estatuto Social do Sindicato Réu desde que a Sr.^a (.....) ocupa a Presidência, no qual se possa evidenciar quais foram as modificações realizadas e as respectivas datas em que ocorreram;
 - b) relação de todos os associados e integrantes da administração do Sindicato Réu no ano de 2013 até a presente data, indicando o nome, endereço, telefone e, se possível, endereço de correio eletrônico de cada um deles;
 - c) relação de quem eram os candidatos habilitados ao voto e de quem votou efetivamente nas eleições para a Presidência do Sindicato Réu no ano de 2013;
 - d) cópia da publicação de aviso em jornal de grande circulação noticiando o prazo de inscrição das chapas das eleições do ano de 2013; o nome da única chapa inscrita; a comunicação do prazo de impugnação a essa candidatura; e o resultado das eleições;
 - e) cópia de eventual impugnação apresentada à candidatura da Sr.^a (.....);
 - f) cópia dos documentos constantes no art. 78, § 1.º, do Estatuto Social (fl. 47);
 - g) cópia dos documentos comprobatórios de que a Sr.^a (.....) observou os demais requisitos exigidos pelo Estatuto Social;
 - h) cópia da decisão judicial anterior na qual se entendeu que as publicações referentes ao Sindicato Réu deveriam ocorrer no Jornal *O Dia* ou qualquer outro documento a partir do qual se possa extrair o número do processo para que seja feita a requisição; e
 - i) cópia de eventuais peças que disponha referentes a outros processos judiciais em que se discuta a mesma questão.

- (ix) seja, ao final, julgado procedente o pedido para:
- a) nos moldes da petição inicial do Ministério Público do Trabalho, condenar o Sindicato Réu a proceder, no prazo de 60 (sessenta) dias, à alteração da cláusula 38 do Estatuto Social, em assembleia a ser convocada por edital em jornal de circulação local (no Sul Fluminense) e também por editais afixados em todos os postos de trabalho do Município (.....), de modo a estabelecer que os integrantes da Comissão Eleitoral sejam eleitos, em assembleia geral, dentre os filiados ao Sindicato;
 - b) declarar a nulidade das alterações realizadas no ano de 2013 nas normas do Estatuto Social que versam sobre o processo eleitoral;
 - c) declarar a nulidade das eleições para a Presidência do Sindicato Réu realizadas no ano de 2013; e
 - d) condenar o Sindicato Réu ao pagamento de indenização pelos danos sociais causados pelas fraudes realizadas no processo de alteração do Estatuto Social e nas eleições realizadas no ano de 2013 no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser destinados a fundo especial criado cuja receita será vinculada a medidas destinadas à capacitação profissional dos agentes públicos do Município (.....) associados ao Sindicato, o que deverá ser objeto de prestação de contas posteriormente;
- (x) seja o Sindicato Réu condenado ao pagamento dos ônus sucumbenciais, sendo os honorários advocatícios destinados ao Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública.

Dá-se à causa o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Nesses termos,
p. deferimento.

Local (.....), Data (.....).

Beatriz Carvalho de Araujo Cunha
Defensora Pública

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO COMO LIMITE CONSTITUCIONAL À PERSECUÇÃO PENAL PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Mariana Castro de Matos

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, graduada em Direito pela UERJ em 2013.

Resumo: A jurisprudência fluminense tende a não ver inconstitucionalidade em caso em que denúncias anônimas indicam ser uma residência – normalmente localizada em comunidade de baixa renda – ponto de venda de entorpecentes e, com base nisto, policiais ingressam no domicílio, após terem a entrada “franqueada” pelo morador, onde, então, alegam encontrar e apreender entorpecentes. Tal expediente, porém, foi recentemente condenado pelos tribunais superiores, por afrontar o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, ainda que de fato haja no local substâncias cuja posse seja considerada crime. É, assim, necessário que as forças policiais e o Poder Judiciário fluminenses adequem sua postura à Constituição, respeitando as garantias fundamentais de todos os indivíduos, e não apenas de alguns, em algumas partes do território. Adicionalmente, ocasionalmente, a jurisprudência fluminense recusa aplicação ao §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, criando requisito para sua incidência que a lei não prevê, o que também é combatido na peça. Por fim, não é incomum, ainda hoje, sobretudo no interior do estado, a fixação de regime inicialmente fechado para o delito do art. 33, a despeito da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que o previa. O trabalho, então, busca compelir a jurisprudência fluminense a observar integralmente os ditames constitucionais na persecução penal pelo crime de tráfico de drogas.

Palavras-Chave: Tráfico. Violação de domicílio. Prova ilícita.

Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Maricá – Estado do Rio de Janeiro

Processo (.....)

JSL, já qualificada nos autos da ação penal em epígrafe, vem, por intermédio da Defensoria Pública, apresentar suas **Razões de Apelação** à r. sentença prolatada às fls. 120-124, requerendo o seu recebimento e consequente remessa dos presentes autos à Egrégia Instância Superior.

(.....)

Egrégia Câmara:

A apelante foi condenada às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo

legal, por suposta violação da norma contida no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Data venia, merece ser reformada a r. sentença proferida pelo douto Magistrado, dando-se provimento ao presente recurso, pelos motivos a seguir aduzidos.

1. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA APREENSÃO DO ENTORPECENTE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – AUSÊNCIA DE PROVAS LÍCITAS DE MATERIALIDADE DELITIVA

No caso em comento, foi a ré denunciada por supostamente ter em depósito em sua residência 390g (trezentos e noventa gramas) de maconha.

Narram os policiais que receberam denúncia anônima indicando que, em determinado endereço, haveria comércio de entorpecentes. O Policial Militar PMN afirma que a denúncia indicava também que o tráfico seria realizado por uma senhora, mas seu companheiro, o Policial Militar JCCS, afirma que a denúncia indicava apenas o endereço, e não quem faria o comércio.

Eis o teor de seus depoimentos:

Policial PMN: “Recebemos ligação anônima [de] que havia tráfico de drogas no citado endereço. Procedemos com as guarnições para o citado endereço, lá chamamos, quem atendeu foi (.....).”

Ministério Público: “Dizia o endereço, mas dizia quem estava praticando o tráfico?”

Policial PMN: “Dizia que era uma senhora.”

Policial JCCS: “Após denúncia anônima de que, nesse citado endereço, (.....), era um ponto de venda de drogas.”

Ministério Público: “Dizia quem estava vendendo drogas?”

Policial JCCS: “Não, não, eu nunca tinha ido àquele endereço.”

Ministério Público: “Não, mas a notícia dizia que alguém especificamente estava vendendo, ou só o ponto?”

Policial JCCS: “Só o ponto.”

Em seguida, então, teria sido “franqueada a entrada” dos policiais no imóvel e, em buscas pelo quintal, ladeado por cercas, teria sido encontrado o entorpecente apreendido:

Policial JCCS: “Aí procedemos ao local, **aí a senhora ali [ré] franqueou a nossa entrada**, e, quando a gente procedeu [às buscas], achou no quintal, **no fundo do quintal, uma certa quantidade de droga.**”

(...)

Ministério Público: “Foi aonde no quintal?”

Policial JCCS: “Foi nos fundos do quintal, lá no mato.”

Ministério Público: “E só tinha a casa dela nesse quintal?”

Policial JCCS: “Só.”

Ministério Público: “**Era murado, tinha cerca?**”

Policial JCCS: “**Cerca.**” (grifamos)

Policial PMN: “Aí chegamos no endereço, chamamos lá, fizemos contato com a proprietária, que era a Dona (.....), perguntamos se podíamos adentrar o quintal da casa. Aí adentramos o quintal da casa, fizemos o vasculhamento [sic] do quintal; o Sargento C achou atrás da residência dela, que era uma residência alta; era um saco com uns tabletes de maconha.”

Verifica-se, então, que a diligência se deu em razão de denúncia anônima. Ao chegar à residência, e terem “franqueada” a entrada, encontraram o entorpecente nos fundos do quintal cercado.

Este é o relato apresentado por ambos os policiais militares que participaram da diligência, e confirmado pela ré em sede policial e em juízo. Não há controvérsia, assim, de que os fatos se passaram desta forma.

A referida apreensão, portanto, é claramente inconstitucional, por afrontar o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

Como é sabido, a Constituição assegura o direito à inviolabilidade de domicílio, ressalvados os casos de existência de consentimento válido do morador com o ingresso, ou de cumprimento a ordem judicial, ou situação de flagrante delito, ou calamidade pública, ou para prestação de socorro.

No caso em análise, inexistindo mandado de busca e apreensão que autorizasse ingresso em residência, bem como situação de calamidade pública ou prestação de socorro, as situações que, em tese, poderiam justificar o ingresso dos policiais na residência – e, portanto, tornar lícita a apreensão do material entorpecente – seriam a existência de situação de flagrante delito, ou de consentimento válido do morador.

Quanto à justificativa de existência situação flagrancial, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento do RE 603.616, julgado em 2015 com repercussão geral:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição

não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial *a posteriori*. **Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar.** Interpretação da Constituição. **Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente.**

A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. **Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.** 6. Fixada a interpretação de que **a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.** 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

(RE 603.616, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015 – Repercussão geral – Mérito – DJe-093, Divulg. 09-05-2016, Public. 10-05-2016 – grifamos.)

O que pretende o Supremo Tribunal Federal é que os policiais, *antes* de buscar ingressar em residência sem mandado, tenham indicativos *seguros* de que há, *naquela* residência, situação de flagrante delito.

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOVÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem.

3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbi-

trárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.”

6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda.

7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, **a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas**, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar.

9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial – ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro –, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência.

11. Na hipótese sob exame, **o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes** (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, **suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu**, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas.

12. **A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial.**

13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, **há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu na espécie – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento.**

14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, **é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.**

15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido.

(REsp 1.574.681, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 20/04/2017 – grifamos.)

Na hipótese em comento, os policiais supunham haver a referida situação flagrancial em razão de terem recebido denúncia *anônima* indicando que, naquela residência, estava ocorrendo atividade de venda de entorpecentes. **A denúncia anônima, porém, realizada por pessoa não identificada, não se presta a configurar a *fundada* suspeita exigida ao ingresso em domicílio, como observa expressamente o próprio Ministro Gilmar Mendes, Relator do julgado supracitado do Supremo Tribunal Federal, à fl. 17 do acórdão:**

Por outro lado, provas ilícitas, informações de inteligência policial – **denúncias anônimas**, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – **e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.** (grifamos)

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha – em julgamento inclusive citado neste acórdão do Supremo Tribunal Federal –, também entende que a denúncia anônima não é suficiente a gerar *fundada* suspeita:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EMBASADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE MANDADO E DE AUTORIZAÇÃO DO MORDADOR. REALIZAÇÃO SEM INDICAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. NECESSIDADE DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE.

1. Ainda que seja incontroverso que nos delitos permanentes, como o de tráfico ilícito de drogas, o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, **não se pode admitir que, com base em uma simples delação anônima, desamparada de elementos fundados da suspeita da prática de crimes, seja violado o direito constitucionalmente assegurado da inviolabilidade do domicílio.**

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.521.711/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 03/09/2015 – grifamos.)

Assim é porque, na denúncia anônima, como o nome indica, não se sabe quem a formulou. Não se sabe, portanto, de quais elementos dispunha para realizar a afirmação, nem se busca, com ela, deliberadamente prejudicar alguém etc, e se instalaria estado de profunda insegurança – inclusive jurídica

– se domicílios de indivíduos pudessem ser violados com base em informações tão frágeis, e sem que se pudesse eventualmente responsabilizar seu autor em caso de abuso.

Ainda que, posteriormente ao ingresso inválido, fossem encontrados bens cuja posse configurasse crime – e, portanto, houvesse efetivamente situação flagrancial –, a apreensão **não é convalidada, consoante entendem, acertadamente, os tribunais superiores; do contrário, a violação à norma seria incentivada. Afirmo expressamente o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto condutor do acórdão supra-aludido, proferido com repercussão geral, “a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois”.**

Na mesma linha, o Ministro Rogério Schietti Cruz, no julgamento do REsp 1.574.681 (p. 17):

Não se há de admitir, portanto, que a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, justifique a medida. **Ora, se o próprio juiz (um “terceiro neutro e desinteressado”) só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizados da medida, não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente.** (grifamos)

A doutrina aponta no mesmo sentido, colhendo-se, por todas, as lições de Ingo Sarlet¹:

Nesse diapasão, a prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio é ilícita, não necessariamente porque ausente mandado de busca e apreensão, mas sim porque ausentes, no momento da diligência, mínimos elementos indiciários da ocorrência do delito cujo estado flagrancial se protraí no tempo em face da natureza permanente e, assim, autoriza o ingresso na residência sem que se fale em ilicitude das provas obtidas ou em violação de domicílio. Acresce que, **sendo o perigo na demora vetor decisivo para que o flagrante autorize a entrada no domicílio, nos crimes permanentes a intensidade desta razão diminui, já que, em tese, viável socorrer-se de mandado judicial, diferente da intervenção para evitar-se a consumação de um delito instantâneo, como um homicídio.** (grifamos)

¹ *Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>> Acesso em 30 de agosto de 2017.

Tendo, então, o ingresso na residência da ré ocorrido com base em denúncia anônima, em situação em que seria plenamente possível promover ulteriores investigações e mesmo buscar mandado judicial autorizador, é inconstitucional a apreensão dos entorpecentes ocorrida em seu interior sem este mandado, no quintal protegido por cercas.

Quanto à possibilidade de ter havido consentimento com a busca, há que observar que, para autorizar ingresso em domicílio, flexibilizando direito fundamental, ele deve ser livre. O consentimento obtido por meio de coação, assim, é inválido, e não se presta a autorizar ingresso em residência.

Em hipótese em que policiais fortemente armados “pedem autorização” para ingressar em residência e realizar buscas, é evidente que o consentimento não é livre. O indivíduo comum, amedrontado – sobretudo os moradores de comunidades de baixa renda, já acostumados a batidas policiais e a verem seus direitos violados cotidianamente, vivendo em autênticos Estados de Exceção dentro do Estado de Direito, nas palavras de Agamben –, autoriza o ingresso por medo do que possa ocorrer em caso de recusa. Afinal, infelizmente não são incomuns os relatos de violência policial em casos análogos.

Por estes motivos, observa o Superior Tribunal de Justiça:

(...) há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu na espécie – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento.

(REsp 1.574.681, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 20/04/2017 – grifamos.)

E prossegue o Ministro Relator, em seu voto (p. 25):

Também merece destaque a compreensão de que a afirmação feita pelo acusado em seu interrogatório realizado em juízo – de que “estava no interior da residência e abriu o portão para os policiais entrarem” – demonstra muito mais uma situação aguda, uma vontade externa sob domínio de intensa pressão, do que uma pouco crível colaboração para que, voluntariamente, fosse autorizado o ingresso de agentes policiais em sua residência para a busca domiciliar.

Não se trata, mesmo, de questão restrita à polícia brasileira – em direito comparado, as mesmas preocupações são verificadas:

A Suprema Corte dos Estados Unidos vê com desconfiança o consentimento do morador obtido pelo agente estatal “sob autoridade governamental”

(under government authority) ou “sob as cores do uniforme” (under color of office) – respectivamente, casos *Amos v. United States*, 255 U.S. 313 (1921) e caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948)². (grifamos)

O mesmo entendimento é manifestado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

0006617-29.2010.8.19.0031 - *Apelação*

Des. Sergio de Souza Verani – Julgamento 27/09/2012 – Quinta Câmara Criminal

POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADADA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, LEI 10.826/03). ILICITUDE DA PROVA ACUSATÓRIA. DISQUE-DENÚNCIA. CASA DO ACUSADO. AUTORIZAÇÃO PARA INGRESSO SUPOSTAMENTE DADA POR TERCEIRA PESSOA. INVALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. ABSOLVIÇÃO. (...) Os policiais apreenderam a arma no quarto da residência do acusado, que ali dormia quando do ingresso da equipe e não concordou com a revista que iria ser feita. O consentimento supostamente dado pela companheira do acusado para entrada dos agentes só permitiria a diligência em relação aos pertences dela, e não naqueles do acusado, que também é titular de direitos individuais e tem a esfera de sua intimidade protegida. **E o ‘consentimento’ da companheira já estaria viciado em razão do constrangimento e medo produzidos pelas armas policiais. A diligência realizada, sem mandado judicial, violenta a garantia constitucional do art. 5º, XI, da Constituição Federal: ‘a casa é asilo inviolável do indivíduo.’ E a prova colhida por essa diligência ilegal torna-se ilegítima: ‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’** (C.F., art. 5º, LVI). A confissão do acusado não supre a invalidade da prova da materialidade delitiva, *ex vi* do art. 158, CPP. ‘A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*’. (Min. Celso de Mello, S.T.F.,

² STF, RE 603.616, fl. 19 do acórdão.

RHC 90.376-RJ). 'As classes populares são o alvo do arbítrio, da violência e da criminalização, tornando-se a clientela preferencial do sistema penal e das práticas discriminatórias e, muitas vezes, ilegais dos agentes do Estado.' (João Ricardo Dornelles). Esta naturalizada prática policial produz um verdadeiro estado de exceção, conforme a lição de Giorgio Agamben: **'Representa, pois, um estado da lei em que esta não se aplica, mas permanece em vigor. O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a sua aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real'** (Estado de Exceção). Isto é, normatiza-se e legitima-se a violência policial como prática institucionalizada, com a fraudulenta justificativa de combate à criminalidade e defesa da ordem e da segurança. Materialidade não comprovada por elementos válidos de convicção. Recurso defensivo provido. (grifamos)

No caso em comento, então, há diversos empecilhos a que este suposto consentimento seja considerado válido – não há indicativos suficientes de que tenha sido livre de coação, amoldando-se a hipótese, perfeitamente, à observada pelos tribunais superiores.

Dessa forma, **não havendo fundamentos que permitissem o ingresso válido no domicílio em que foram apreendidos os entorpecentes, a referida apreensão é inconstitucional e, portanto, nula, não podendo ser admitida, por força da vedação constitucional às provas ilícitas, reproduzida no Código de Processo Penal (art. 157). É este o teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:**

PROVA PENAL - **BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS** (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - **BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR** - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, **MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL** - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) – (...). **IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA**

INVIOLABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. (...) ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - **A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos**, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - **Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação**. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os

meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - **Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais**, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (...) (RHC 90.376, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018, Divulg. 17-05-2007, Public. 18-05-2007 – grifamos.)

O Superior Tribunal de Justiça, no já mencionado REsp 1.574.681, decidiu da mesma forma:

(...) 14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, **é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexos causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.**

15. Recurso especial não provido, para manter a **absolvição** do recorrido. (grifamos)

Os próprios policiais, ao narrar as circunstâncias da abordagem, **permitem que se conclua pela ilicitude do ingresso no domicílio, mas esperam que a ilicitude seja considerada sanada porque, no seu modo de ver, agiram para prender “bandidos”. De forma maquiavélica, solapam a Constituição porque sabem que nada lhes acontecerá**; serão perdoados pelo Judiciário porque prenderam um bandido. É um escárnio contra os direi-

tos fundamentais, não só por parte deles, mas também por parte do Judiciário, se vier a manter condenação por apreensão ilícita.

O Judiciário não pode atuar como chancelador de apreensões ilícitas por parte da polícia – **é o Poder Judiciário incumbido constitucionalmente de zelar pela observância aos direitos individuais, como o direito a não ser coagido, a não produzir provas contra si próprio e à inviolabilidade do domicílio**. Se apreensões são feitas em inobservância destes direitos, não pode o Judiciário tutelá-las – do contrário, enviaria às forças policiais a mensagem de que direitos individuais não podem “atrapalhar” a persecução penal, o que, por óbvio, não é a intenção do constituinte. **Apreensões pelas forças do Estado devem ser feitas sempre com observância dos direitos individuais que a Constituição prevê que limitam a atuação do próprio Estado. Do contrário, perde a razão de existir a Constituição.**

Inexistindo provas lícitas de materialidade delitiva, portanto – eis que a apreensão dos entorpecentes foi nula, por ocorrer em afronta ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio –, impõe-se a absolvição da ré pelo delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

2. DO CABIMENTO DA INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06

Ainda que se entenda que a apreensão de entorpecentes foi constitucional, e que há provas lícitas de materialidade delitiva – o que se admite apenas em respeito ao Princípio da Eventualidade –, é certo que, no caso em comento, presentes se fazem os pressupostos para incidência da causa de diminuição de pena insculpida no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Prevê o referido dispositivo:

Art. 33 (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso em análise, a **FAC da ré, acostada às fls. 38-42, indica sua primariedade e seus bons antecedentes** – há apenas o feito em tela, não tendo ela jamais sequer sido acusada de cometer outro delito.

Não há qualquer indício, por outro lado, de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, como reconhecido na própria sentença recorrida, às fls. 121v e 122. **Não é demais ressaltar que, no processo penal, nada deve ser presumido contra o réu.**

Contudo, o órgão *a quo* negou a incidência do § 4º do art. 33 ao argumento de que

foi presa em estado de flagrância, com quantia em dinheiro, além de significativa quantidade de entorpecen-

tes – 390g (trezentos e noventa gramas) de erva seca, identificada como Cannabis sativa L, comumente denominada “maconha”, droga notoriamente nociva à saúde física e mental dos usuários, demonstrando não se tratar de um mero traficante eventual ou de “primeira viagem”. (fl. 122)

Ora, primeiramente, foi a acusada presa com a módica quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais), conforme reconhecido na própria sentença e consoante certificado à fl. 31. Ademais, a quantidade de entorpecentes supostamente encontrada em poder da ré não pode ser considerada, para os que conhecem o cotidiano da Justiça Criminal, “significativa”.

Ainda que pudesse, se tal fato, no entender do próprio juízo *a quo*, não indica pertencimento a organização criminosa nem dedicação a atividade criminosa, conforme fls. 121v e 122, não pode obstar a incidência do § 4º do art. 33 – a lei prevê, como requisitos à minoração da pena, apenas a primariedade, os bons antecedentes, o não pertencimento a organização criminosa e a não dedicação a atividades criminosas, e é sabido que não se pode criar requisitos quando a norma penal não os cria, eis que não se admite analogia ou interpretação extensiva *in malam partem*.

Foi a esta conclusão a que chegou o Egrégio Tribunal de Justiça ao julgar caso análogo:

0032539-65.2015.8.19.0203 - Apelação

Des. Gilmar Augusto Teixeira - Julgamento 14/09/2016 – Oitava Câmara Criminal

APELAÇÃO MINISTERIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO QUE ALMEJA A REFORMA DA SENTENÇA PARA CONDENAÇÃO DO APELADO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. (...) **A quantidade de cocaína não é pequena, pois, não se trata de 2, 3 ou 5 papalotes, mas 35 sacolés.** O local em que se deu a apreensão é conhecido pela intensa atividade de traficância, conforme destacado pelos policiais. (...) **Quanto à causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois, o apelante é primário e não ostenta maus antecedentes.** Foi preso apenas 10 dias depois de ganhar a liberdade pela absolvição em outro processo por tráfico e associação, **não se podendo afirmar, portanto, que se dedicava a essa atividade ilícita. Tampouco se pode asseverar que era integrante da organização criminosa que domina o local, já que foi preso apenas com a droga, sem armas, rádios ou outros apetrechos** (...) RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO para reformar a sentença, condenando o apelante pelo delito de tráfico de drogas, mantendo a absolvição relativa à imputação de associação ao tráfico, nos termos do voto do relator. (grifamos)

O Superior Tribunal de Justiça também possui, há muito, jurisprudência no mesmo sentido, vendo-se, por todos, o HC 134.549 (rel. Min. Laurita Vaz, 5º turma, julgado já em 08 de setembro de 2009):

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. A QUANTIDADE DE DROGAS, POR SI, NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. **Reconhecidas tais circunstâncias, a quantidade de drogas, por si só, não tem o condão de impedir a aplicação da minorante, sob pena de se criar condição não prevista em lei.** (grifamos)

Dessa forma, sendo a ré primária, de bons antecedentes, e não integrando organização criminosa nem se dedicando a atividades criminosas, conforme reconhecido na própria sentença recorrida, impõe-se a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, reduzindo-se a pena na fração máxima.

3. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA – INCONSTITUCIONALIDADE DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CRIMES EQUIPARADOS A HEDIONDOS

Ainda que mantida a sentença em todos os seus termos, o que admite por mera argumentação, tem-se que o regime inicial de cumprimento de pena deve ser reformado.

A sentença proferida pelo órgão *a quo* condenou a ré a pena de 05 (cinco) anos de reclusão pelo delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06, fixando, para seu cumprimento, o **regime inicial fechado, por se tratar de crimes equiparados a hediondos**. Aduz a decisão: “o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, por força do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90” (fl. 123v).

O Supremo Tribunal Federal, porém, já declarou inconstitucional a referida previsão do art. 2º da Lei n. 8.072/90, tendo consolidado o entendimento inclusive em súmula vinculante:

Súmula Vinculante n. 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução **observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim,

de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (grifamos)

Assim, o regime deve ser fixado na forma do art. 33 do Código Penal, ou seja, com base no *quantum* de pena aplicado e na existência ou não de reincidência.

No caso em comento, **a pena-base foi mantida no mínimo legal**. Entendeu o juízo *a quo*, assim, ao fixar a pena-base, que as circunstâncias judiciais seriam favoráveis ou, ao menos, neutras, não havendo fundamento para elevar a referida pena-base. Assim, não podem, ainda mais sem ulteriores fundamentações, embasar regime de cumprimento de pena mais gravoso do que o que seria cabível a partir do art. 33 do Código Penal. **Não houve, tampouco, reconhecimento de reincidência**. Dessa forma, não há, no caso concreto, fundamentos para fixação de regime inicial fechado.

É neste sentido, inclusive, a jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, tendo ambos editado enunciados de súmula sobre o tema:

Súmula 440 do STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718 do STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso em comento, reitera-se, não há qualquer motivação para a fixação do regime fechado, a par do art. 2º da Lei n. 8.072, que, contudo, já foi declarado inconstitucional – não é ele o indicado a partir da pena aplicada, de 05 (cinco) anos, e nem são as circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerando inclusive que a pena-base foi fixada no mínimo legal, e não é a ré reincidente. **Não há qualquer outro fundamento concreto a embasar o regime imposto.**

Ademais, como se trata de recurso exclusivo da defesa – à fl. 129, certifica-se o trânsito em julgado para a acusação –, não pode esse Egrégio Tribunal de Justiça manter o regime prisional mais gravoso sob outros fundamentos, não invocados na decisão do órgão *a quo*, conforme entende também o Supremo Tribunal Federal (ver, por todos, HC 125.781, julgado pela 2ª Turma, e HC 117.155, julgado pela 1ª).

Dessa forma, **sendo inidôneos os fundamentos empregados na sentença recorrida para fixar, como regime inicial de cumprimento de pena, o fechado, impõe-se reforma da sentença para que o regime seja**

alterado para o semiaberto, na forma do art. 33 do Código Penal, atendendo-se para a primariedade da ré.

4. PREQUESTIONAMENTO

Para fins de eventual interposição de recurso especial ou extraordinário, requer que o tribunal considere questionada a afronta do entendimento adotado na sentença atacada aos arts. 5º, XI (inviolabilidade de domicílio), XLVI (individualização da pena) e LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas) da Constituição; bem como aos arts. 157 (inadmissibilidade de provas ilícitas) e 573, § 1º (inadmissibilidade de provas ilícitas) do Código de Processo Penal; além do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (aplicabilidade do § 4º), bem como do art. 33 do Código Penal.

Saliente-se que, no corpo do apelo, é indicado de maneira pormenorizada por que razão se considera que o entendimento adotado na sentença recorrida afronta as mencionadas normas jurídicas.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, requer a Vossas Excelências seja dado provimento à presente apelação, reformando a sentença *a quo* para:

1. **Reconhecer a nulidade da apreensão dos entorpecentes, com absolvição da ré pelos delitos do art. 33 da Lei n. 11.343/06**, por ausência de provas lícitas de materialidade delitiva;
2. **Subsidiariamente, reconhecer a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06**, por estarem presentes todos os requisitos legais para sua incidência, tendo-o, inclusive, reconhecido a sentença recorrida, e **reformular o regime inicial de cumprimento de pena para o que for cabível conforme a pena aplicada**, na forma do art. 33 do Código Penal e da Súmula Vinculante n. 26.

Termos em que
Aguarda provimento.

Maricá, 05 de junho de 2017.

Mariana Castro de Matos
Defensora Pública

IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AUTOMÁTICA APÓS A CONDENAÇÃO NA SESSÃO PLENÁRIA DO TRIBUNAL DO JÚRI, QUANDO O RÉU RESPONDEU TODO O PROCESSO PENAL NA CONDIÇÃO DE SOLTO

Michele de Menezes Leite

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: Trata-se de ação constitucional de *habeas corpus* ajuizada em face de decisão proferida pelo Tribunal do Júri da comarca de São João de Meriti, que, de maneira equivocada, invocou precedente oriundo do Supremo Tribunal Federal para decretar a prisão preventiva de réu solto na própria Sessão Plenária. **Por unanimidade de votos, a Terceira Câmara Criminal do TJ/RJ concedeu a ordem pleiteada**, para o paciente aguardar em liberdade o julgamento de seu recurso, consolidando a liminar inicialmente deferida (HC 0040752-19.2017.8.19.0000, rel. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado).

Palavras-chave: Processo Penal. *Habeas corpus*. Tribunal do júri. Execução provisória da pena. Ausência de fundamentação concreta. Primazia da liberdade ambulatoria. Prisão automática. Condenação no tribunal do júri.

Exmo. Sr. Dr. Desembargador 2º Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Ref.: Processo nº (.....)

Paciente: A. S. C. S.

Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de São João de Meriti

Preventa a Terceira Câmara Criminal do E. TJRJ

Paciente que respondeu a esta ação penal **por 12 anos em liberdade** e teve a prisão decretada para execução imediata da pena fixada em sentença condenatória de primeiro grau.

Michele D. M. Leite, Defensora Pública, matrícula 3089.582-5, vem, com fulcro no artigo 5º, LXVIII, LIV, LV, LXVIII e LXXIV, da CRFB/88, e art. 648, I, do Código de Processo Penal, impetrar a presente **Ordem de Habeas Corpus (com pedido liminar)** em favor de A. S. C. S., brasileiro, nascido em 23/03/1973 (31 anos de idade à época dos fatos), portador da carteira de identidade nº (.....), expedida por IFP, filho de (.....) e (.....), residente à Rua (.....), nº (.....), Bairro do Fonseca, Niterói, RJ, CEP 24.130-370, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de São João de Meriti, pelos fundamentos de fato e de direito que passa a expor:

1. DA INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO EM ATUAÇÃO JUNTO A ESSA CÂMARA CRIMINAL

Inicialmente, requer a Impetrante seja o Defensor Público de Classe Especial em exercício junto a essa e. Câmara Criminal intimado pessoalmente de todos os atos processuais, inclusive da inclusão em pauta para o julgamento do *writ*, nos termos do art. 128, inciso I, da Lei Complementar nº 80/1994.

2. DOS FATOS

O Ministério Público ofereceu ação penal em face do paciente como incurso nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 14, inciso II, por cinco vezes, ambos do Código Penal e art. 16, parágrafo único, IV, na forma do art. 69 do Código Penal, por fatos ocorridos em **27 de fevereiro de 2005**.

O paciente permaneceu em custódia cautelar do dia 27/02/2005 até setembro de 2005, quando sua prisão foi então relaxada, conforme acórdão dessa Egrégia Terceira Câmara Criminal (que segue anexo).

De setembro de 2005 até o dia 17 de julho de 2017, ou seja, durante quase **12 anos o paciente respondeu a esta ação penal em liberdade, não tendo se furtado a comparecer em nenhum dos atos processuais, não demonstrando qualquer risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal, ou à segurança da aplicação da lei penal**. Em suma, ainda que se considere que a soltura do paciente tenha se efetivado no dia 30 de setembro de 2015, o paciente por, pelo menos, 656 (seiscentos e cinquenta e seis) dias não demonstrou qualquer situação própria do *periculum libertatis*.

A despeito disso, por ocasião da prolação da sentença penal condenatória, a autoridade indicada como coatora **decretou a prisão do acusado para imediata execução**, com base apenas na possibilidade assentada em julgado do STF, HC 118.770/SP, não unânime, não tendo indicado qualquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP, deixando evidente que se trata de mera prisão processual automática, carecendo de qualquer fundamento apto a embasar a cautelaridade da medida excepcional.

Conforme se verifica, a autoridade coatora não especificou as razões de fato que a conduziram à conclusão pela necessidade de garantia da ordem pública, não apontando qualquer elemento concreto que tenha modificado a situação até então existente e que autorizava o ora paciente a responder ao processo em liberdade.

Ademais, destaca-se que o paciente, **durante os mais de 12 anos em que tramitou esta ação penal**, desenvolveu atividades profissionais de forma lícita, tendo obtido educação de nível superior, dedicando-se a atividades filantrópicas, além de sustentar toda a sua família, qual seja, seus 4 filhos menores de idade e sua esposa, que atualmente encontra-se acometida por suspeita de câncer de mama (tudo comprovado pelos documentos e fotos anexos).

Acrescente-se ainda que, nada obstante o acusado ter respondido por quase **12 (doze) anos esta ação penal em liberdade**, em nenhum momento deixou de comparecer espontaneamente a todos os atos processuais, o que

evidencia a sua plena colaboração ao longo de todo o processo, encontrando-se em endereço conhecido, com emprego fixo em atividade lícita. Logo, é completamente desnecessária a decretação da medida excepcional de restrição libertária.

Assim, a decretação da prisão do ora paciente única e exclusivamente em razão de sentença penal condenatória recorrível, sem a exposição de nenhum fundamento concreto que justificasse a medida cautelar, notadamente quando o acusado **respondia ao processo em liberdade por 12 anos**, configura constrangimento ilegal, a ser sanado pela via do *habeas corpus*.

3. DA INEXISTÊNCIA DA PRISÃO PROCESSUAL AUTOMÁTICA DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DE CAUTELARIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA – PACIENTE QUE RESPONDIA AO PROCESSO EM LIBERDADE HÁ 12 ANOS

O sistema constitucional pátrio reconheceu, no art. 5º, incisos LVII, LXI e LXVI, da CRFB/88, o princípio da presunção de inocência, de modo que o cerceamento ao direito fundamental à liberdade através da prisão só é admissível dentro dos estritos limites da juridicidade e, como regra, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tal dado constitui um consectário basilar do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi consagrado no art. 1º, III, da CRFB/88, e que, no contexto do atual Estado Constitucional de Direito, representa a pauta axiológica máxima a informar todo o ordenamento jurídico.

Na esteira dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, **a reforma penal de 2008 suprimiu a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível** e a prisão resultante de pronúncia, tendo em vista a nova redação dos arts. 387, p. único, e 413, § 3º, do CPP, conferida pelas Leis nº 11.719/08 e 11.689/08, respectivamente.

Como esclarecem as bem lançadas lições do brilhante desembargador Paulo Rangel¹:

Agora, a Lei nº 12.403/11 sepultou definitivamente a discussão acerca da natureza da prisão em decorrência da sentença penal condenatória recorrível, pois foi revogado o art. 393 do CPP.

Prisão, na sentença, somente preventiva.

(...)

O art. 393, I, dizia que era efeito, isto é, aquilo que é produzido por uma causa; consequência, resultado; resultado prático da aplicação de uma lei, um julgamento (Houaiss). Ora, se a prisão era consequência da sentença bastava para que ela fosse efetivada, que houvesse a própria sentença. Contudo, como o direito é um sistema harmonioso de princípios e regras sempre se disse que, diante do princípio da presunção de inocência (e a discussão era gran-

¹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 832/834.

de), ninguém podia ser levado à prisão pelo simples fato de ter sido condenado, razão pela qual nós conjugávamos o art. 393, I, com o art. 594, agora revogado.

Pois bem. Como ficamos diante da redação do art. 387, § 1º, e da Lei 12.403/2011, que revogou expressamente o art. 393, dando ao juiz liberdade para decidir, ou não, fundamentadamente pela prisão preventiva?

Nesse sentido, prisão na sentença penal condenatória da qual ainda caiba recurso somente será imposta preventivamente, se estiverem presente os motivos que a autorizam. **Desaparece a chamada execução provisória da pena.**

(...)

Destarte, a natureza da prisão imposta na sentença é cautelar e não mais, como sempre sustentamos, execução provisória da pena. Desaparece a execução provisória da pena do ordenamento jurídico. (grifamos)

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu que **a regra é o direito de o acusado de apelar em liberdade.** Ou seja, o juiz, ao proferir a sentença penal condenatória, deverá se manifestar, **fundamentadamente**, acerca da necessidade da imposição, ou mesmo da manutenção, da **prisão preventiva, analisando concretamente a presença dos requisitos de cautelaridade**, sob pena de se caracterizar uma odiosa antecipação da sanção penal.

Nesse sentido, são as precisas lições de Aury Lopes Jr.²:

Assim, na sentença condenatória, o juiz deve, fundamentadamente, analisar a necessidade ou não de imposição/ manutenção da prisão preventiva, seguindo a lógica do art. 312 (risco de fuga).

Assim também é o magistério de Renato Brasileiro³:

De fato, com a nova redação dada ao art. 387, parágrafo único, do CPP, pela Lei nº 11.719/08, na sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 867.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Vol. 1. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 674.

Cabe ressaltar que **a mesma *ratio* orientou a decisão do Pleno do STF, no bojo do HC 84.078/MG (Relator: Min. Eros Grau; Julgamento: 05/02/2009), no sentido da inconstitucionalidade da norma contida no art. 637 do CPP.** Uma emblemática frase não pode ser desprezada do mencionado julgado e que se encontra a ementa do acórdão:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, **o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.** Ordem concedida.

De acordo com o guardião da Carta Magna, a previsão de ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e/ou especial, de modo a tornar automática a prisão provisória, constitui execução antecipada da pena, o que afronta os princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a jurisprudência dos Tribunais Superiores também é pacífica no sentido de que, tendo o réu respondido ao processo em liberdade, deve lhe ser assegurado o direito de recorrer na mesma condição, salvo se sobrevier fato novo que indique a cautelaridade:

Informativo nº 754, publicado em agosto de 2014, do Supremo Tribunal Federal

Princípio da não-culpabilidade e execução da pena
Ofende o princípio da não-culpabilidade a determinação de execução imediata de pena privativa de liberdade imposta, quando ainda pendente de julgamento recurso extraordinário admitido na origem. Com base nessa orientação, a 2ª Turma concedeu “habeas corpus” para anular acórdão do STJ no ponto em que, em sede de recurso especial, determinara a baixa dos autos para a imediata execução de sentença condenatória prolatada na origem em desfavor do ora paciente. Na espécie, a Corte de origem (TRF) admitira recurso extraordinário unicamente no que diz com a suposta ofensa ao art. 93, IX, da CF. Ocorre que, com a superveniência da decisão proferida pelo STF nos autos do AI 791.292 QO-RG/PE (DJe de 13.8.2010), firmara-se o entendimento de que o art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou a decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. O juízo de 1º grau, então, com base nessa decisão do STF, julgara prejudicado o recurso ex-

traordinário interposto, e dera cumprimento à ordem de execução imediata de pena procedida pelo STJ. A Turma entendeu que a decisão proferida pelo juiz de origem, que julgara prejudicado recurso extraordinário já admitido pelo TRF, revestir-se-ia de flagrante nulidade, uma vez que teria usurpado a competência do STF. Consignou que, com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, que teria sido concretizado na decisão proferida pela Corte regional, instaurara-se a jurisdição do STF, de modo que não competiria ao juízo de 1º grau a análise da prejudicialidade do recurso. (grifamos)

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE O PROCESSO - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, Nº 2) - DECISÃO QUE ORDENA A PRISÃO DO CONDENADO PELO FATO DE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS DEDUZIDOS PELO SENTENCIADO (RE e REsp) NÃO POSSUÍREM EFEITO SUSPENSIVO - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP - NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, “*hic et nunc*”, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado

ou do réu. Doutrina. Precedentes. RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE e REsp) - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA - CIRCUNSTÂNCIA QUE, SÓ POR SI, NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. - A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade. Precedentes. - A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em sentença condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de inocência), tem como pressuposto legitimador a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção - sempre excepcional - dessa medida constritiva de caráter pessoal. Precedentes. - **Se o réu respondeu ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada - embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui indole eminentemente cautelar) - somente se justificará, se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP**". Situação inocorrente no caso em exame.

(STF, 2ª Turma, HC 102.368/CE, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento 29/06/2010 – grifamos.)

"HABEAS CORPUS" – CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL – SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) – RÉU QUE PERMANECEU SOLTO NO CURSO DO PROCESSO – RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR – NECESSIDADE, CONTUDO, PARA TANTO, DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DA IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA – INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO – "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. - **A condenação penal ainda recorrível não se revela apta, só por si, considerada a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), para autorizar a decretação da medida extraordinária da prisão cautelar, notadamente se o réu, além de haver permanecido solto durante o procedimento penal, conduziu-se de modo compatível com o princípio da lealdade processual.** Doutrina. Precedentes

(STF, 2ª Turma, HC 94.044/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento 25/11/2008 – grifamos.)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DIREITO DE RECORRER EM LI-

BERDADE. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL E FOI ABSOLVIDO PELA SENTENÇA. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE FATOS NOVOS QUE JUSTIFIQUEM A SEGREGAÇÃO CAUTELAR.

1. A jurisprudência desta Corte, alinhada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, entende que o simples esgotamento das instâncias ordinárias não autoriza a imediata expedição de mandado de prisão. É imperiosa, mesmo nesses casos, a demonstração da necessidade da segregação cautelar, mormente se o réu respondeu ao processo em liberdade.

2. No caso, não obstante a gravidade do crime pelo qual o paciente foi condenado, o acórdão impugnado não trouxe nenhum fundamento novo que autorizasse a sua segregação provisória, não se podendo olvidar de que até então havia ele respondido a todo o processo em liberdade, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal no HC n. 89.894/SP, e de que foi absolvido em primeiro grau.

3. Situação concreta na qual foi o paciente preso imediatamente após o provimento da apelação ministerial, uma vez que estava presente na sessão de julgamento do Tribunal a quo que apreciou o referido recurso.

4. Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão, caso ocorra a superveniência de fatos novos e concretos para tanto, ficando ratificada a liminar deferida.

(STJ, 6ª Turma, HC 220.234/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 11/04/2012 – grifamos.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. **PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. PACIENTE EM LIBERDADE DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA. EXEGESE DO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A negativa do paciente recorrer em liberdade, por decisão desprovida de concreta fundamentação acerca da necessidade da sua custódia cautelar, fere o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, configurando-se o constrangimento ilegal sanável pela via do habeas corpus.

2. Verificando-se que a prisão preventiva do paciente foi revogada durante a instrução criminal e que este permaneceu solto durante os demais termos processuais, exige-se que a necessidade da sua segregação, por ocasião da prolação da sentença

condenatória, seja devidamente justificada, com base em fatos concretos, nos termos do que dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal.

REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECLAMO NÃO CONHECIDO NESSES PONTOS.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, das questões referentes ao abrandamento do regime carcerário inicial e do redimensionamento da pena, tendo em vista que essas matérias não foram analisadas pelo Tribunal impetrado, tornando-se descabido conhecer-se do reclamo nesses pontos, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem concedida para permitir ao paciente recorrer da sentença condenatória em liberdade, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

(STJ, 5ª Turma, HC 237.762/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 01/08/2012 – grifamos.)

Assim, não mais subsistem dúvidas de que a presunção constitucional de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória possui como consectário lógico e direto o **direito subjetivo de o acusado recorrer em liberdade**, salvo se **concretamente** demonstrados os requisitos de cautelaridade que justificam a prisão preventiva.

4. DA IMPOSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA FIXADA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA, AINDA QUE PROFERIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA

Como já declinado, a autoridade impetrada, ao sentenciar o ora paciente, negou-lhe o direito de recorrer em liberdade sem apresentar **nenhuma fundamentação concreta de cautelaridade** para tanto, **impondo a já abolida prisão decorrente de sentença condenatória recorrível**, violando os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LVII, da CRFB/88), bem como a regra prevista no art. 387, p. único, do CPP, apoiando-se para tanto em um único precedente inovador, não unânime, desabastecido de sustentáculo doutrinário e de precedentes na jurisprudência brasileira, trazido no julgamento da medida cautelar no HC 118.770/SP, proferido pela 1ª Turma do STF, a partir de divergência do Ministro Luís Roberto Barroso.

Conforme já mencionado acima, o ora acusado respondeu **por aproximadamente 12 anos o processo em liberdade**.

Nada obstante, por ocasião da prolação da sentença penal condenatória recorrível, a autoridade indicada neste como coatora **decretou a prisão para execução imediata da pena**, trazendo a seguinte fundamentação:

PROVIDÊNCIAS FINAIS. Compulsando os autos, verifico que o acusado se encontra respondendo ao processo

solto. Nesse sentido, destaco que, no recentíssimo julgamento do HC 118.770 MC/SP, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal assentou a possibilidade da execução imediata da decisão preferida pelo Conselho de Sentença, nos termos do brilhante voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Conforme ressaltou o referido Ministro Barroso, a Constituição da República prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, 'd'). Prevê, ademais, a soberania dos seus veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, 'c'), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida. Ao discorrer sobre a soberania da deliberação do Tribunal popular, Guilherme de Souza Nucci afirma que 'o veredito popular é a última palavra, não podendo ser contestada, quanto ao mérito, por qualquer Tribunal togado...' (Guilherme de Souza Nucci, Tribunal do Júri, 2015, p. 31.). Ressalta Barroso que a legislação e a jurisprudência admitem a invalidação do julgamento, notadamente em caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos ou de nulidade ocorrida no processo, nos termos do artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal. Veja-se, nessa linha, o RHC 132.632-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, em que a decisão absolutória do júri foi invalidada a pedido da acusação. Porém, como regra geral, o Tribunal não poderá substituir uma decisão do Júri, mas apenas determinar a realização de novo julgamento. À vista deste quadro constitucional e legal, conclui Barroso, nada impede o imediato cumprimento de decisão condenatória pelo Tribunal do Júri. Como já havia assentado Luís Roberto Barroso, a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. NO CASO ESPECÍFICO DA CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI, NA MEDIDA EM QUE A RESPONSABILIDADE PENAL DO RÉU JÁ FOI ASSENTADA SOBERANAMENTE PELO JÚRI, E O TRIBUNAL NÃO PODE SUBSTITUIR-SE AOS JURADOS NA APRECIACÃO DE FATOS E PROVAS (CF/1988, ART. 5º, XXXVIII, C), O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ADQUIRE MENOR PESO AO SER PONDERADO COM O INTERESSE CONSTITUCIONAL NA EFETIVIDADE DA LEI PENAL, EM PROL DOS BENS JURÍDICOS QUE ELA VISA RESGUARDAR (CF/1988, ARTS. 5º, CAPUT E LXXVIII E 144). Assim, a interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de di-

reitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Menciona o Ministro que esta forma de solucionar a questão se mostra compatível com a lógica adotada nas deliberações do Plenário Físico (HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki; ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio) e do Plenário Virtual por este Tribunal (ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki), relativamente à exequibilidade das condenações criminais após o julgamento em segundo grau de jurisdição. É que, como já observado, tendo em vista a competência privativa do Tribunal do Júri e a soberania dos seus veredictos, o Tribunal não pode rediscutir autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de substituir os jurados na apreciação de fatos e provas. Desta forma, ratifica o Ministro, é legítima a execução antecipada da condenação, citando, em tempo, as lições do professor José Afonso da Silva (José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, 2014, p. 140), segundo o qual “[...] Veredictos são exatamente as decisões tomadas pelos jurados a respeito de cada questão de fato, a eles submetida em forma de quesitos. A ‘soberania dos veredictos’ significa precisamente a imodificabilidade dessas decisões de fato. Se o Júri decidir que Fulano matou Sicrano, o Tribunal Superior não pode modificar essa decisão, ainda que as provas não sejam assim tão precisas. É verdade que há o problema de julgamento contra as provas dos autos, que permite, mediante recurso, a determinação de novo Júri. Essa soberania tem razão de ser, pois sem ela é inútil manter a instituição do Júri, que hoje não tem mais a expressiva significação democrática que orientou seu surgimento...”. Por esse conjunto de razões, explicita Barroso, como regra geral quase absoluta, prevalecerá a decisão do Tribunal do Júri. Ademais, no caso de crimes dolosos contra a vida, mais notoriamente nos de homicídio, a celeridade da resposta penal é indispensável para que a Justiça cumpra o seu papel de promover segurança jurídica, dar satisfação social e cumprir sua função de prevenção geral. Por fim, ressaltou o Ministro que, caso haja indícios fortes de nulidade do processo ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal competente para o julgamento do recurso de apelação, no exercício do poder geral de cautela, poderá suspender a execução da decisão condenatória até o julgamento final do recurso. Isto sem contar a permanente possibilidade de impetração de habeas corpus, ‘sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou

abuso de poder' (art. 5º, inciso LXVIII). Por todo o exposto, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, DECRETO A PRISÃO do acusado e a EXECUÇÃO IMEDIATA da decisão proferida pelo Tribunal do Júri. EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO IMEDIATAMENTE, comunicando-se ao CNJ e à Polinter.

Atente-se que, **se o paciente estava respondendo ao processo em liberdade**, não sobrevivendo qualquer **fato novo** que indicasse a necessidade da prisão preventiva, a constrição libertária tem como fundamento única e exclusivamente a possibilidade ventilada no mencionado precedente da c. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal de executar imediatamente a pena decorrente de sentença condenatória do Tribunal do Júri.

Ora, como já aduzido acima, tanto as normas legais como as constitucionais apenas admitiam a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória se aquela se revestisse de natureza **cautelar**, razão pela qual seria imprescindível a demonstração concreta dos requisitos previstos no art. 312 do CPP.

O mencionado precedente inova (ou melhor, *retrocede*) na esfera do processo penal brasileiro, introduzindo (*ressuscitando*) a possibilidade de execução imediata da pena lastreada somente em sentença condenatória recorrível de primeiro grau.

Diante da ausência de indicação dos requisitos e pressupostos de natureza cautelar, verifica-se que, na verdade, a autoridade impetrada **restabeleceu a prisão automática decorrente de sentença condenatória recorrível**, já abolida no sistema processual penal pátrio desde a reforma de 2008, que alterou a redação do art. 387, p. único, do CPP. Portanto, o *decisum* combatido se revela uma verdadeira **execução antecipada da sanção penal**, em total afronta aos princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Facilmente se percebe que o precedente utilizado como fundamentação para a decisão proferida pela autoridade aqui indicada como coatora representa um retrocesso, isto porque restaura a abolida prisão automática prevista no CPP de 1941 e já há muito abolida.

Nada bastasse a tentativa inadequada de “represtinação” da revogada norma através de precedente único não unânime, aventado através de voto divergente do e. Ministro Barroso, verifica-se que o precedente se encontra divorciado tanto da jurisprudência como da doutrina pátria sobre o tema.

Em que pese o usual brilhantismo do e. Ministro, no tocante ao tema em tela ousa-se discordar.

Inicialmente, sublinhe-se que a mencionada divergência não encontra respaldo na doutrina, isto porque, em que pesem as citações às lições de Guilherme de Souza Nucci e José Afonso da Silva no voto vencedor, estas (quase) nada corroboraram ou sustentam a conclusão final trazida pelo precedente.

Da mesma forma, o entendimento exarado pelo Ministro Barroso no voto prevalecente não encontra subsídios na jurisprudência. Nada obstante as referências aos precedentes do Plenário da Suprema Corte no que toca à execu-

ção das condenações criminais após o julgamento em segundo grau, fato é que não se trata de entendimentos semelhantes ou complementares.

Até o julgamento da medida cautelar em *habeas corpus*, autuado sob nº HC 118.770/SP no STF, não se tinha conhecimento de proposta doutrinária, iniciativa legislativa ou jurisprudência dos tribunais, sejam eles superiores, federais ou de justiça, que admitissem a decretação automática da prisão, **de natureza não cautelar**, do acusado condenado no Tribunal do Júri.

A decisão do Ministro Barroso trouxe, conforme consta no §12 de seu voto, **como razão de decidir, a ponderação entre o princípio da presunção de inocência e o interesse constitucional na efetividade da lei penal, favorecendo-se os bens jurídicos que ela visa resguardar (substanciados no art. 144 e art. 5º, caput e inciso LXXVII, da CRFB/88), em detrimento da garantia fundamental à presunção de inocência.**

Destacou ainda que a “interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”.

Ora, a proteção de tais direitos já seria suficiente garantida pela possibilidade, diante do caso específico, de se analisar eventuais riscos na liberdade do acusado (*periculum in libertatis*), mostrando-se suficiente para tanto a decretação da medida excepcional da prisão preventiva, lastreada e fundamentada na presença dos pressupostos e requisitos cautelares, enumerados no art. 312 do CPP.

Além disso, verifica-se que a ponderação entre o interesse constitucional na efetividade da lei penal, bem como o dever estatal de garantir a segurança pública, em cotejo com a garantia fundamental consubstanciada no princípio da presunção de inocência, traduz vertente inegavelmente autoritária e antidemocrática do processo penal, retornando à concepção ilustrada pela redação original do CPP, erigido durante a ditadura de Getúlio Vargas, no contexto da Segunda Grande Guerra Mundial, evidenciada de forma clara em sua respectiva Exposição de Motivos⁴.

⁴ “(...) II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. **As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joierado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.**” (Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, em 8 de setembro de 1941. Francisco Campos – grifamos.)

Confunde-se também o eminente Ministro Barroso ao utilizar como premissa a competência privativa do Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos, de sede constitucional, para legitimar a execução antecipada da condenação. Isto porque o cerne do mencionado argumento reside em uma divergência há muito superada e solucionada pela Suprema Corte **há mais de 25 anos**, qual seja, a submissão da soberania dos veredictos diante do direito ao duplo grau. Veja-se:

EMENTA: - HABEAS CORPUS - JÚRI - ALEGAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DA DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI COM A PROVA DOS AUTOS - INVIALIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DESSA ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGADA OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DE SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI - INOCORRÊNCIA - PEDIDO INDEFERIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acentuado que o exame aprofundado das provas não encontra sede juridicamente adequada no processo de "habeas corpus". A postulação dos impetrantes, que objetivam ingressar na análise, discussão e valoração da prova, será plenamente admissível na via recursal ordinária, de espectro mais amplo (RTJ 87/84 - 98/669 - 109/540), ou, ainda, na via revisional, eis que a condenação penal definitiva imposta pelo Júri e passível, também ela, de desconstituição, mediante revisão criminal (RTJ 115/1114), não lhe sendo oponível a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença (RT 475/352 - 479/321 - 488/330 / 548/331). - **A soberania dos veredictos do Júri - não obstante a sua extração constitucional - ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. - A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular. Precedentes.** (HC 68.658, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06/08/1991, DJ 26-06-1992 – grifamos.)

Assim, a soberania dos veredictos, constitucionalmente estabelecida, determina que o Tribunal não pode substituir a íntima convicção dos jurados no que toca à apreciação dos fatos, entretanto, não proíbe, nem inviabiliza que se tenha e se exerça em segundo grau de jurisdição a competência recursal, não servindo de sustentáculo legítimo à conclusão trazida pelo Ministro Barroso em seu voto, até porque existe previsão expressa na legislação que admite inclusive a declaração de nulidade da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, com a respectiva ordem para que se realize nova Sessão Plenária de Julgamento (art. 593, § 3º do CPP).

Vale frisar que, sem que se adentre o mérito recursal, o julgamento realizado especificamente no presente caso aponta fortes indícios de contradições, indicando grande probabilidade de reconhecimento de nulidade, mormente em razão de ter o Conselho de Sentença absolvido o acusado de uma das imputações de tentativa de homicídio e o condenado nas demais, nada obstante terem a defesa e a acusação apresentado as teses acusatória e defensiva em bloco, sem fazer qualquer distinção sobre as condutas das cinco tentativas.

Diante de todo o exposto, a decretação da prisão automática do ora paciente em razão de sentença condenatória do Tribunal do Júri constitui manifesto constrangimento ilegal, a ser sanado pela via do *habeas corpus*.

5. DA DIVERGÊNCIA FÁTICA ENTRE A HIPÓTESE QUE ORIGINOU O 'PRECEDENTE' E A DOS AUTOS. DO NECESSÁRIO *DISTINGUISHING*

Não se nega que, no ordenamento pátrio vigente, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, vem sedimentando-se a incorporação da Teoria dos Precedentes Judiciais, de origem no *commom law*, à prática forense brasileira.

A contribuição da Teoria do Precedente é de grande relevância para o avanço e modernização do ordenamento jurídico pátrio, trazendo benefícios (como, por exemplo, maior segurança jurídica, possibilidade de maior celeridade dos processos), contudo, deve ser implantada e aplicada com muita parcimônia, dando a devida importância aos instrumentos de superação ou não aplicação do precedente, sendo o *distinguishing* um deles, sob pena de se multiplicarem decisões injustas e inadequadas à realidade jurídica e social.

Um esclarecimento necessário, essencial para o transporte de um entendimento exarado (*ratio decidendi*) em uma decisão judicial, utilizada como paradigma, a outro caso, é a análise da teoria constitucional do *distinguishing*.

Nesse sentido, a visão de Fredie Didier Jr.⁵ sobre *distinguishing*:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação

⁵ Didier Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2, Salvador: Juspodivm.

entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento to afastam a aplicação do precedente.

Assim, fazendo uso do *distinguishing*, quando se coteja este caso concreto com aquele que deu azo ao precedente mencionado, verifica-se que os substratos fáticos são completamente diversos. Senão, vejamos.

Conforme o relatório do julgado da medida cautelar no HC 118.770/SP do STF, **o paciente encontrava-se preso há 7 anos** quando da análise pelos Ministros da Primeira Turma do STF sobre a concessão da medida cautelar.

Muito diferente é a hipótese em tela neste remédio heroico, isto porque, como se já aduziu à exaustão, **o ora paciente respondeu ao processo por 12 anos em liberdade**, sem apresentar qualquer risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à segurança da aplicação da lei penal.

Portanto, não sendo coincidentes os fatos fundamentais discutidos no caso concreto e aqueles que serviram de base para formar a razão de decidir do paradigma, é evidente que esta ao presente caso não se aplica.

Assim, quando decretou a prisão automática do acusado simplesmente em razão da sentença condenatória recorrível proferida pelo Conselho de Sentença, a autoridade aqui apontada como coatora aplicou de forma, *d.m.v.*, equivocada o paradigma do Colendo Supremo Tribunal Federal, pois, conforme já apontado, as facticidades são distintas.

Dessa forma, mostra-se relevante recorrer às advertências realizadas por Maurício Ramires⁶ sobre o estado em que se encontra a prática forense, que visa desprezar a facticidade e se pauta por uma lógica abstrata de genéricos enunciados:

O caminho mais curto para o esquecimento do mundo concreto e para o encobrimento dos fatos da vida é a busca de lições jurídicas em meros verbetes ou ementários jurisprudenciais, em vez de acórdãos ou decisões judiciais completas (que ao menos são dotados obrigatoriamente de um relatório do processo, com um resumo do caso decidido). É sabido que dentre as mais consultadas obras jurídicas na prática forense estão os códigos comentados, que apresentam inúmeros verbetes à guisa de ilustrar a 'interpretação jurisprudencial', de cada artigo. **Tais verbetes são enunciados de, quando muito, duas ou três linhas, que ganham ali total independência do contexto para o qual foram originalmente redigidos**. As ementas, por sua vez, são resumos dos julgamentos que, por definição, são elaboradas nos termos mais gerais que se fizeram possíveis. O ideal que se persegue, em um e outro caso, é sempre a depuração dos conceitos em relação à particularidade dos casos, a 'absoluta pureza' sonhada por Jhering. (grifamos)

⁶ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

E prossegue o autor em questão⁷:

Face à historicidade do ser, é impossível aprisionar o sentido de uma obra – mesmo que uma decisão judicial -, de modo que ela se esgote naquilo que tem de único e originário. Diz Gadamer que ‘O fato de cada obra possuir seu mundo não significa que, uma vez mudado seu mundo original, já não possa ter realidade’. Adiante, o filósofo desenvolve a noção de que o sentido de um texto não tem um ponto final: ‘... o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, visto ser esse um processo infinito. Não se eliminam as novas fontes de erro de modo a filtrar todas as distorções do verdadeiro sentido. Antes, vão surgindo sempre novas formas de compreensão, revelando relações de sentido insuspeitadas. A distância temporal que possibilita essa filtragem não tem uma dimensão fechada e concluída, mas está ela em mesma em movimento e expansão’. **Compreender**, pois, é um processo de ‘história efetual’, pois ‘uma hermenêutica adequada à coisa deve mostrar a realidade da história na própria compreensão’. É uma empresa infrutífera tentar decidir fora da história, e isso envolve tanto a intenção de resolver universalmente todos os casos futuros, quanto a pretensão de decidir em uma individualidade absoluta e irrepetível. **Toda decisão judicial está inevitavelmente lançada no mundo histórico.** (grifamos)

E que não se repute como isolada a postura assumida pelo mencionado doutrinador e magistrado gaúcho, pois o juiz de direito do Rio Grande do Norte Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior⁸ possui similar entendimento crítico sobre essa verdadeira aplicação “à brasileira” dos precedentes.

Se formos observar a história recente da aplicação do direito no Brasil, vê-se a seguinte evolução: 1º) aplicação pura da lei; 2º) descobriu-se a Constituição como fundamento de validade da lei; 3º) aplicação hierarquizada de pseudoprecedentes de tribunais superiores, com prestígio do efeito vinculante, ainda que não o tenham.
(...)

As súmulas (vinculantes ou não), as repercussões gerais e as ementas dos julgados, **inautenticamente chamadas de ‘precedentes’, pois não guardam similitude**

⁷ RAMIRES, Maurício. *Op. cit.* p. 91.

⁸ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. *Controle remoto e decisão judicial. Quando se decide sem decidir.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 134.

com o precedente da tradição da ‘common law’, tornaram-se verdadeiros fetiches na práxis judiciária, sem os quais o senso comum teórico não consegue obter uma resposta para as questões que surgem, em razão da abordagem da questão de maneira dogmática, repetitiva, maquinal e acrítica.
(grifamos)

E arremata o doutrinador potiguar⁹ sobre a submissão aos Tribunais Superiores, o que pode também ser levado em consideração na forma como foi aplicado o “precedente” oriundo do Supremo Tribunal Federal:

Os pseudoprecedentes formam a pia moral onde o ator jurídico, envolto no senso comum da práxis jurídica, ‘lava as mãos’, transferindo suas responsabilidades funcionais, amparando-se à jurisprudência de tribunais superiores, relacionada a casos cuja especificidades (facticidades) são encobertas por uma pretensão de generalidade e abstração já há muito superadas na filosofia pela viagem ontológica-linguística, mas que, em nossa práxis inautêntica, ainda vigora impassivelmente. Depois, vai-se dormir o sono dos inocentes, pois o ‘Supremo’ ou o ‘Superior’ (com a devida conotação hierarquizada com que até mesmo os precedentes vêm sendo utilizados) já pensaram por ele.
(grifamos)

Desta feita, completamente indevido o transporte da razão de decidir ventilada no acórdão do HC 118.770/SP ao presente feito, configurando a combatida decisão constrangimento ilegal a ser sanado com a concessão da ordem desta *habeas corpus*.

6. DA IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAR DIREITO FUNDAMENTAL CONTRA O ACUSADO. DA INDEVIDA PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E INTERESSE CONSTITUCIONAL NA EFETIVIDADE DA LEI PENAL

Além dos argumentos trazidos acima, questiona-se também a legitimidade da invocação de garantias fundamentais em desfavor do acusado, da forma como apresentada no precedente autuado sob nº HC 118.770/SP, do STF.

Como ensina o próprio Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰:

Direito é a possibilidade de exercer poderes e exigir condutas. Garantias são instituições, condições materiais ou

⁹ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. *Op. cit.* p. 136.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176.

procedimentos colocados à disposição dos titulares de direitos para promovê-los ou resguardá-los. Os direitos individuais configuram uma espécie de direitos constitucionais. Tais direitos, talhados no individualismo liberal, protegem os valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à propriedade. **Destinam-se prioritariamente a impor limitações ao poder político, traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado. Deles resulta, em essência, deveres de abstenção para a autoridade pública e, como consequência, a preservação da iniciativa e da autonomia privadas.** (grifamos)

Assim, afirmada a relevância dos direitos fundamentais, evidenciada resta a subversão consistente na utilização de uma garantia que exige um dever de abstenção da autoridade estatal como fundamento para a flexibilização da liberdade do indivíduo.

Não fosse suficiente a mencionada inversão da ordem axiológica dos direitos fundamentais assentados na Constituição, verifica-se mais um impasse na congruência do fundamento utilizado pelo precedente.

O entendimento exarado de que a presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal não subsiste, principalmente, à luz de duas considerações:

A primeira é a de que o interesse constitucional na efetividade da lei penal não configura princípio constitucional, sendo, conseqüentemente, impassível de ponderação. O chamado “princípio” da eficiência não pode suprimir direitos e garantias fundamentais, tal como se verifica nesse indevido processo de ponderação.

Entretanto, superada tal impossibilidade, entendendo-se que o interesse na efetividade da lei penal de fato configura princípio constitucional, em razão da previsão do dever de garantir a segurança pública (art. 144 da CRFB/88) e no princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88), a segunda consideração reside no fato de que não se admite ponderação entre princípios e regras constitucionais, mormente em razão das suas inerentes diferenças.

Nesse ponto, é imprescindível citar o posicionamento doutrinário do próprio Ministro Luís Roberto Barroso¹¹, que se afigura inclusive contraditório ao seu entendimento ventilado no desventurado precedente:

Diante disso, a doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a distinção entre princípios e regras. Por simplificação, é possível reduzir esses critérios a apenas três, que levam em conta: a) o conteúdo; b) estrutura normativa; e c) o modo de aplicação. (...)

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203/208.

No tocante ao conteúdo, o vocábulo ‘princípio’ identifica as normas que expressam decisões políticas fundamentais – República, Estado democrático de direito, Federação –, **valores a serem observados em razão de sua dimensão ética** – dignidade humana, segurança jurídica, razoabilidade – **ou fins públicos a serem realizados** – desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego. Como consequência de tais conteúdos, os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a interesses coletivos. (...)

As regras jurídicas, ao revés, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão. Elas não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização destes, de acordo com a vontade do constituinte ou do legislador, que não transferiram ao intérprete – como no caso dos princípios – a avaliação das condutas aptas a realizá-los.

Com relação à estrutura normativa, **princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida.** Há muitas formas de respeitar ou fomentar respeito à dignidade humana, de exercer com razoabilidade o poder discricionário ou de promover o direito à saúde. Aliás, é nota de singularidade dos princípios a indeterminação de sentido a partir de certo ponto, assim como a existência de diferentes meios para sua realização. **Já com as regras se passa de modo diferente: são elas normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação. Em suma: princípios são normas predominantemente finalísticas, regras são normas predominantemente descritivas.**

É, todavia, no modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. **Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. (...)**

Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que

as regras são mandados ou comandos definitivos: **uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos.**

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. (...) Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível. (grifamos)

Não se nega a existência e vigência do princípio constitucional da presunção de inocência (também chamado de presunção de não culpabilidade). Apesar desse princípio possuir como base axiológica a regra prevista no art. 5º, inciso LVII da Constituição, fato é que com ela não se confunde e a ela não se limita. Como se sabe, tal princípio se sustenta também nos incisos LXI, LXIII e LXVI do art. 5º, bem como no inciso III do art. 1º, isto para mencionar apenas alguns dispositivos constitucionais.

O princípio da presunção de inocência, por sua natureza, constitui um mandado de otimização, ao contrário da regra extraída dos incisos LVII, LXI e LXVI do art. 5º da Constituição da República.

Segundo ensina o próprio Ministro Barroso, a regra só pode deixar de ser aplicada quando for inválida ou quando outra a excepcionar. Neste ponto, vale mencionar que **o ordenamento jurídico pátrio, como já aduzido à exaustão, apenas excepciona a referida regra, permitindo, portanto, a prisão antes do trânsito em julgado quando esta ostentar natureza cautelar**, ou seja, se revestir dos pressupostos e requisitos de cautelaridade, elencados nos art. 312 e 313 do CPP, ordenada por autoridade judicial competente de forma fundamentada (art. 5º, inciso LXI e LXVI da CRFB/88).

Diante disso, verifica-se que é inaceitável tanto sob o prisma constitucional, como legal, a decretação de prisão automática decorrente de sentença penal condenatória, ainda que proferida pelo Conselho de Sentença.

Isto porque, ainda que se considerasse que o interesse constitucional na efetividade da lei penal configura-se um princípio, este somente poderia ser ponderado diante de outro princípio, nunca em face de uma regra constitucional.

Portanto, não restam dúvidas da ilegalidade da prisão decretada na sentença prolatada pela autoridade apontada aqui como coatora, sendo inegável o constrangimento ilegal infligido ao ora paciente, que deve ser reparado por este remédio heroico.

7. DA MEDIDA LIMINAR

Uma vez evidenciado o constrangimento ilegal (**expedição do mandado de prisão preventiva, com efetivo cumprimento em 17/07/2017**) a que vem sendo submetido o Paciente (*fumus boni iuris*), e tendo em conta os danos irreparáveis acarretados pela prolongação da permanência no cárcere à sua integridade física e psicológica (*periculum in mora*), deve ser concedida ordem liminar para a imediata correção do estado de coação, revogando-se a prisão ilegal do Paciente e determinando-se a expedição do competente alvará de soltura.

Aliás, até mesmo como forma de elidir qualquer alegação que repute alarmista o raciocínio até aqui esboçado, são trazidos dados oriundos da SEAP que indicam “somente” o perecimento de 22 vidas no mês de janeiro de 2017.

8. DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer:

- a) a concessão de **ordem liminar** para restabelecer de imediato a liberdade do Paciente até o julgamento do mérito deste *writ*;
- b) a intimação pessoal da Defensoria Pública acerca da data da realização do julgamento, bem como de todos os atos processuais, permitindo-se, caso haja interesse, a sustentação oral no dia designado;
- c) a admissão da documentação que acompanha a presente petição inicial, até mesmo como forma de elidir eventual alegação que aponte para a indevida dilação probatória; e,
- d) ao final, a concessão da presente ordem de *habeas corpus* para conferir ao paciente o direito de recorrer em liberdade, **momento pelo fato de ter respondido ao processo em liberdade por 12 anos.**

São João de Meriti, 23 de julho de 2017.

Michele D. M. Leite
Defensora Pública

Além da ênfase na questão dos direitos humanos, temas de grande interesse para a Defensoria Pública e para o acesso substancial à justiça são investigados nesta Revista, como é o caso, ilustrativamente, do *amicus curiae*, do incidente de resolução de demandas repetitivas, das ações coletivas e do monitoramento eletrônico na área penal.

Ao todo, são 19 artigos doutrinários e 4 peças processuais, incluindo-se entre os primeiros o trabalho vencedor do *Prêmio Fabiano de Carvalho Oliveira* para estagiários, da autoria de Johnathan de Barros Soares, e ainda 3 ensaios assinados por juristas convidados a participar, quais sejam, Antonio do Passo Cabral, Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (em coautoria) e Pedro Fortes.



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública • RJ